

‘N GEÏNTEGREERDE DIENSBILLIKHEIDSMODEL VIR SUID-AFRIKA

deur

MARIA CLAUDINA HOEKSTRA

Voorgelê ter vervulling van die vereistes vir die graad

***DOCTOR TECHNOLOGIAE:
BEDRYFSADMINISTRASIE***

in die

FAKULTEIT BESTUURSWESE

aan die

TECHNIKON VRYSTAAT

Desember 2001

PROMOTOR: Professor CC de Witt (BA, Hons BA, MA, LLB, LLD)

Opgedra aan my kinders: Aviva, Allegra en
Rendert.

Ecce nunc tempus acceptabile
Ecce nunc deis salutis.

II Korintheërs 6:2

BEDANKINGS

Ek wens graag die volgende persone te bedank vir hulle ondersteuning, bystand en belangstelling in die voltooiing van hierdie navorsing:

1. My promotor, Professor C.C. de Witt, vir sy bemoedigende woorde, motivering en leiding.
2. My man, Konrad, en my kinders, vir hulle liefde en geduld.
3. Professor A.S. Koorts, vir sy vriendskap en morele ondersteuning.
4. My kollegas en familie vir hulle ondersteuning.

My opregte dank aan die Sentrale Navorsingskomitee van die Technikon Vrystaat vir fondse bewillig ter voltooiing van hierdie navorsing.

OPSOMMING

In hierdie proefskrif word 'n geïntegreerde diensbillikheidsmodel vir Suid-Afrika voorgestel.

Deur 'n regsvergelykende studie van diensbillikheidsstelsels in leidinggewende Westerse lande word verantwoordbare diensbillikheidsleerstukke en –beginsels geïdentifiseer. Vanuit 'n utilitaristiese vertrekpunt word die bestaande diensbillikheidsbestel in Suid-Afrika getoets aan hierdie diensbillikheidsleerstukke en –beginsels, en word tekortkominge in die Suid-Afrikaanse diensbillikheidsbestel uitgewys. Die utilitaristiese uitgangspunt in hierdie proefskrif ondersteun die “politieke en etiese teorie dat die doel en kriterium van alle politieke handeling die grootste moontlike geluk vir die grootste moontlike aantal mense moet wees.” *

Die verwer wat 'n werkgewer kan opper in klagtes van beweerde diensdiskriminasie word ook in hierdie navorsing ondersoek. Verder word die regverdiging van diskriminasie (hetsy direk of indirek) gevind in die afwesigheid van benadelende behandeling of impak. Besigheidsnoodsaak, as die primêre verweer in enige onbillike diensdiskriminasie klagte, word regsvergelykend ondersoek en as 'n internasionaal verantwoordbare verweer in die Suid-Afrikaanse konteks voorgestel.

Die geïntegreerde diensbillikheidsmodel omvat aanbevelings rondom die formulering van nuwe billikheidswette vir Suid-Afrika, wat insluit konsepwetsvoorstelle vir:

- Rassegelykheid in diens;
- Geslagsgelykheid in diens; en
- Gelyke Betaling.

Die geïntegreerde diensbillikheidsmodel omvat voorts ook 'n praktiese toepassing van die diensbillikheidsleerstukke en -beginsels, soos regsvergelykend ondersoek, in die normale arbeidspraktyke in die Suid-Afrikaanse werksplek.

* Definisie van utilitarisme soos vervat in HAT Verklarende Handwoordeboek van die Afrikaanse Taal, Odendal FF et al, Perskor, 1994: Midrand.

SUMMARY

In this thesis an integrated employment equity model for South Africa is introduced.

Through a legal comparative study of employment equity systems in leading Western countries, accountable employment equity dogmas and principles are identified. The employment equity dispensation in South Africa is verified from a utilitarian point of departure, against these employment equity dogmas and principles. Shortcomings are pointed out accordingly. The utilitarian approach in this thesis supports the “political and ethical theory that the aim and criterion of all political actions should bring about the greatest possible happiness to the greatest possible number of people”. *

The employer defences to be raised in complaints of alleged employment discrimination are also investigated in this thesis. The legitimisation of discrimination (direct or indirect) is shown in this thesis to be found in the absence of disparate treatment or disparate impact. Business Necessity, as the primary defence in any unfair employment discrimination complaint, is investigated in a legal comparative manner, and proposed as an international accountable defence in the South African context.

The integrated employment equity model contains recommendations regarding the formulation of new equity legislation for South Africa, which includes legislative recommendations on:

- Race equity in the workplace;
- Gender equity in the workplace; and
- Pay equity.

The integrated employment equity model also contains a practical application of the employment equity dogmas and principles, as investigated in the legal comparative study.

* *Definition of utilitarianism as freely translated from HAT, Verklarende Handwoordeboek van die Afrikaanse Taal, Odendal FF et al, Perskor, 1994: Midrand.*

INHOUD

<i>Bedankings</i>	<i>i</i>
<i>Opsomming</i>	<i>ii</i>
<i>Summary</i>	<i>iii</i>
<i>Inhoud</i>	<i>iv</i>
<i>Afkortings</i>	<i>viii</i>

HOOFSTUK 1: INLEIDING 1

1. NAVORSINGSDOELWIT	1
2. NAVORSINGSMETODIEK	1
3. BENADERING IN PROEFSKRIF	2
3.1. Agtergrond	2
3.2. Die Konsep Van Utilitarisme	3
3.3. Positivisme En Die Rol Van Die Regbank.....	9
3.4. Billikheid En Die Ontwikkeling Van Die Reg.....	13
4. CHRONOLOGIESE INDELING VAN HOOFSTUKKE.....	19

HOOFSTUK 2: REGSVERGELYKENDE STUDIE VAN DIENSBILLIKHEID IN LEIDINGGEWENDE WESTERSE REGSTELSELS 21

1. INLEIDING	21
2. DIE AARD EN INHOUD VAN DIENSBILLIKHEID	23
2.1. Individuele Veralgemenings.....	23
2.2. Tipes Diskriminasie	26
2.2.1 Direkte Diskriminasie.....	26
2.2.2 Indirekte Diskriminasie.....	27
2.2.3 Viktimisasie	31
2.3. Diskriminerende Kriteria	32
2.4. Sistemiese Struikelblokke	35
2.5. Minder Gunstige Behandeling	40
3. REGSTELLEDE AKSIE	44
3.1. Agtergrond En Terminologie	44
3.2. Regstellende Aksie En Meriete	47
3.3. Tipes Regstellende Aksie	50
4. BILLIKE VERGOEDING IN DIENS	51
4.1. Definisie Van Vergoeding.....	51
4.2. Die Beginsel Van "Gelyke Betaling Vir Werk Van Gelyke Waarde".....	52
4.3. Kriteria Vir Die Vergelyking Van Werk Van Gelyke Waarde	55
4.4. Kollektiewe Bedinging In Billike Vergoeding	69
4.5. Regverdiging Van Ongelyke Vergoeding	70
4.5.1 Genuine Material Factor	71
4.5.2 Markkragte	75
4.5.3 Verskillende Onderhandelingsprosesse	78
4.6. Europese Perspektief Op Billike Vergoeding	79
5. BESIGHEIDSNOODSAAK	81
5.1. Aard En Inhoud Van Die Besigheidsnoodsaak Verweer.....	81
5.2. Bona Fide Occupational Qualifications En Besigheidsnoodsaak.....	93

5.3.	Die Bewys Van Besigheidsnoodsaak.....	117
5.3.1	Omskrywing Van Die Kwalifikasie Standaard.....	118
5.3.2	Bestaan Van 'n Prima Facie Saak.....	125
5.3.3	Beroepskwalifikasies En Die Rol Van Werksprestasie.....	127
5.3.4	Die Wards Cove Standaard Van Besigheidsnoodsaak En Die 1991 Civil Rights Act.....	130
5.3.5	Wards Cove Packing Co. v Atonio.....	132
5.3.6	Rol Van Die Wetgewer.....	134
5.3.7	Die Judisiële Respons.....	136
5.3.8	Bewys Van Ongelyke Impak.....	137
5.3.8.1	Die bedoeling van die wetgewer.....	138
5.3.8.2	Die teksmatige benadering.....	139
5.3.8.3	Die utilitaristiese benadering.....	140
HOOFSTUK 3:	ANALISE VAN BESTAANDE BILLIKHEIDS- INSTRUMENTE IN SUID-AFRIKA	147
1.	INLEIDING	147
2.	DIENSBILLIKHEID IN SUID-AFRIKA	149
2.1.	Statutêre Regulering Van Billikheid	149
2.2.	Statutêre Regulering Van Diensbillikheid	152
2.2.1	Die "Promotion Of Equality And Prevention Of Unfair Discrimination Act"	153
2.2.2	Die Wet Op Arbeidsverhoudinge	155
2.2.3	Die "Employment Equity Act"	156
2.2.3.1	Die diensbillikheidsverwagting.....	157
2.2.3.2	Inhoud en toepassing van diensbillikheidsbepalings in die EEA	159
2.2.3.3	Verpligtinge van die werkgewer	161
2.2.3.3.1	Voorbereiding van 'n profiel van die werksmag	162
2.2.3.3.2	Hersiening van die diensbeleide en –praktyke	162
2.2.3.3.3	Voorbereiding, konsultasie en implementering van 'n diensgelykheidsplan	163
2.2.3.3.4	Indiening van 'n opsomming van die diensgelykheids- plan by die Departement van Arbeid	165
2.2.3.3.5	Jaarlikse verslaggewing aan die Departement van Arbeid rondom die vordering in die implementering van die plan.....	165
2.2.4	Interpretasie Van Diensbillikheidswetgewing In Suid-Afrika	166
2.3.	Gelyke Vergoeding En Die Rol Van Kollektiewe Bedinging.....	167
2.4.	Geregverdigde Diensdiskriminasie	172
2.4.1.	Inherente vereistes van die werk.....	179
2.4.2.	Regstellende Aksie.....	183
2.5.	Samevatting Van Die Gebreke In Die Bestaande Statutêre Diensbillikheids Bestel In Suid-Afrika	188
3.	BEVINDINGE NA NASIONALE DIENSGELYKHEID VERSLAGGEWING 2000.....	190
4.	ROL VAN MENSLIKE HULPBRON ONTWIKKELINGSTRATEGIEË.....	199
5.	DIE REKRUTERINGSDILEMMA EN BEHOUD VAN WERKNEMERS VANUIT VOORHEEN BENADEELDE GROEPERINGE.....	208
6.	INTERNASIONALE VOLDOENING.....	213

6.1.	Universal Declaration Of Human Rights.....	214
6.2.	International Covenant On Economic, Social And Cultural Rights (1966) & International Covenant On Civil And Political Rights (1966)	215
6.3.	International Convention On The Elimination Of All Forms Of Racial Discrimination (1965).....	217
6.4.	Council Of Europe.....	220
6.5.	Afrika Instrumente.....	222
6.6.	Convention On The Elimination Of All Forms Of Discrimination Against Women.....	224
6.7.	Ander Internasionale Instrumente.....	225
7.	GEVOLGTREKKING.....	226

HOOFSTUK 4: 'N GEÏNTEGREERDE DIENSBILLIKHEIDSMODEL VIR SUID-AFRIKA 230

1.	INLEIDING.....	230
2.	VOORGESTELDE WETGEWENDE RAAMWERK	232
2.1	Inleiding.....	232
2.2	Diskriminasie Wet.....	233
2.3	Billikheidswette Vir Elke Diskriminasie Grond.....	234
2.4	Billikheidswette Vir Elke Arbeidsektor.....	236
2.5	Opsomming.....	237
3.	TOEPASSINGSRAAMWERK VIR DIENSGELYKHEID IN SUID-AFRIKA.....	239
3.1.	Dienspraktyke Voor Indiensneming.....	240
3.1.1	Oudit Proses.....	241
3.1.1.1	Onderzoek van werksmag-data.....	241
3.1.1.2	Onderzoek van diensvoorwaardes en byvoordele.....	242
3.1.1.3	Onderzoek van finansiële – en menslike hulpbronne.....	242
3.1.1.4	Dienspraktyke.....	243
3.1.2	Werksmag Samestelling.....	245
3.1.2.1	Samestelling van Werksmag profiel.....	246
3.1.2.2	Samestelling van Werksmag groep profiel.....	246
3.1.2.3	Samestelling van Besikbaarheids-profiel.....	247
3.1.2.4	Samestelling van Werkstransaksie profiel.....	248
3.1.3	Persepsies En Benaderings Rondom Diensgelykheid.....	248
3.1.4	Rekrutering En Selektoring.....	251
3.1.5	Bevoegdheid As Kriterium.....	252
3.1.6	Advertensie.....	256
3.1.7	Die Aansoek-Proses.....	260
3.1.8	Die Onderhoud.....	262
3.1.9	Die Rol Van Potensiaalbeoordeling.....	264
3.1.10	Finale Beoordeling.....	266
3.2.	Dienspraktyke Na Indiensneming.....	272
3.2.1	Algemene Hantering Van Werknemers Na Indiensneming.....	272
3.2.2	Spesifieke Dienspraktyke Na Indiensneming	279
3.2.2.1	Vergoeding, die voorsiening van voordele en die verskaffing van dienste.....	279
3.2.2.2	Dissipline, ontslag en degradering.....	281
3.2.2.3	Teistering	281
3.2.2.4	Bevordering en oorplasing	281
3.2.2.5	Opleiding.....	282
3.2.3	Finale Beoordeling.....	283
4.	SAMEVATTING VAN PROEFSKRIF.....	287

BYLAE

BYLAE A: Konsepwetsvoorstelle Rakende Rassediskriminasie In Diens.....	290
BYLAE B: Konsepwetsvoorstelle Rakende Geslagsdiskriminasie In Diens.....	294
BYLAE C: Konsepwetsvoorstelle Op Gelyke Betaling.....	300

BIBLIOGRAFIE

Publikasies.....	304
Internet.....	327
Hofsake.....	332

LYS VAN DIAGRAMME

DIAGRAM 1:	<i>'n Voorstelling Van Diensdiskriminasie Deur Veralgemening</i>	25
DIAGRAM 2:	<i>Onderskeid Tussen Viktimisasie, Direkte En Indirekte Diskriminasie</i>	32
DIAGRAM 3:	<i>Die Regsbeginsel "Minder Gunstige Behandeling" In Wettige En Onwettige Diskriminasie</i>	44
DIAGRAM 4:	<i>Regstellende Aksie En Gelyke Diensgeleenthede Binne Die Raamwerk Van Diensbillikheid</i>	51
DIAGRAM 5:	<i>'n Raamwerk Van Gelyke Betaling Vir Werk Van Gelyke Waarde</i>	80
DIAGRAM 6:	<i>Integrering En Oorhoofse Samevatting Van Die BFOQ Leerstuk</i>	115
DIAGRAM 7:	<i>Uiteensetting Van Die Areas Waaroor Spesifieke Diskriminasie Wetgewing Geformuleer Behoort Te Word</i>	225
DIAGRAM 8.1:	<i>Grafiese Voorstelling Van Die Gelykheidswetgewing Vir Elke Toepassingsterrein (Arbeidsektor)</i>	228
DIAGRAM 8.2:	<i>Grafiese voorstelling van hoe die onderskeie voorgestelde Billikheidswette bymekaar inskakel</i>	238
DIAGRAM 9:	<i>Toepassingsraamwerk vir Diensgelykheid in Suid-Afrika</i>	239

AFKORTINGS / ACRONYMS

ADA	Americans with Disabilities Act (VSA)
ADEA	Age Discrimination in Employment Act (VSA)
AIDS/HIV	Acquired Immunodeficiency Syndrome / Human Immunodeficiency Virus
BFOQ	Bona fide beroepskwalifikasie (Bona Fide Occupational Qualifications)
CEE	Commission for Employment Equity (RSA)
CESCR	Covenant on Economic, Social and Cultural Rights
CSBP	Centre for Small Business Promotion
DDO	Disability Discrimination Ordinance (Verenigde Koninkryk)
EEA	Employment Equity Act (RSA)
EEO	Equal Employment Opportunity
EEOC	Equal Employment Opportunity Commission
Eq. PA	Equal Pay Act
GEAR	Growth, Employment and Redistribution
GOQ	Genuine occupational qualifications (Verenigde Koninkryk)
ICCPR	International Covenant on Civil and Political Rights
ICEFRD	International Convention on the elimination of all forms of Racial Discrimination
ILO	International Labour Organisation
KVMA	Kommissie vir Versoening, Mediasie en Arbitrasie (RSA)
LRA	Labour Relations Act (Arbeidsverhoudinge Wet) - RSA
MAP	Millennium Partnership for the African Recovery Programme
NDA	National Development Agency
NEDLAC	National Economic Development and Labour Council (RSA)
NEPAD	New Partnership for Africa's Development
NSW	New South Wales (Australië)
OAU	Organisation of African Unity
RDP	Reconstruction and Development Programme (RSA)
RRA	Race Relations Act (Verenigde Koninkryk)
SADC	Southern African Development Community
SDA	Sex Discrimination Act (Verenigde Koninkryk)
VSA	Verenigde State van Amerika

HOOFSTUK 1

INLEIDING

1. NAVORSINGSDOELWIT

Hierdie proefskrif het ten doel om 'n geïntegreerde diensbillikheidsmodel vir Suid-Afrika daar te stel. Billikheidsbegrippe en –leerstukke word in 'n praktiese implementeringsraamwerk vir Suid-Afrika vervat ten einde die billikheid van 'n handeling in die werksplek te kan beoordeel. Diensbillikheidsbeginsels, soos aangetref in leidinggewende Westerse regstelsels, word geïntegreer in die voorgestelde diensbillikheidsmodel tot die mate waarin dit versoenbaar is met die eiesoortige omstandighede en behoeftes van Suid-Afrika.

2. NAVORSINGSMETODIEK

In hierdie proefskrif word daar regsvergelijkend ondersoek ingestel na die aard en inhoud van diensbillikheidsbeginsels en –leerstukke in leidinggewende Westerse regstelsels. As deel van hierdie ondersoek word 'n deeglike analise gemaak van “besigheidsnoodsaak” as werkgewersverweer in beweerde diskriminerende arbeidspraktyke.

Met die regsvergelijkende model van diensbillikheid as vertrekpunt, word die aanvaarbaarheid van die Suid-Afrikaanse billikheidswetgewing onder die soeklig geplaas. Bepaalde voorstelle ter verbetering word gemaak en leemtes word geïdentifiseer.

Ten einde leemtes aan te vul en die bestaande diensbillikheidsmodel in Suid-Afrika te verbeter, word daar in die finale instansie bepaalde wetgewende oplossings aan die hand gedoen. 'n Praktiese implementeringsraamwerk word ook geformuleer ten einde die Suid-Afrikaanse werkgewer in staat te stel om die internasionale billikheidsbeginsels (soos regsvergelijkend ontleed en verwoord binne die Suid-Afrikaanse milieu) ter bevordering van diensbillikheid in die werksplek aan te wend.

3. BENADERING IN PROEFSKRIF

Indien die ideaal vir diensbillikheid slegs gerig sou wees op die bevordering van demokrasie, diversiteit en ekonomiese ontwikkeling, moet daar gewaak word teen 'n konseptuele sirkelgang. Hierdie tipe ideaal vir diensbillikheid is naamlik in beginsel uiters vaag en subjektief. Die utilitaristiese benadering wat in hierdie proefskrif gevolg word, en wat die grondslag is van die voorgestelde geïntegreerde model, word as teenvoeter gebruik vir die gevaar van 'n sirkelargument rondom die waarde van diensbillikheid. 'n Uiteensetting van *utilitarisme*, wat as die filosofiese vertrekpunt in hierdie proefskrif gebruik word, word vervolgens gegee.

3.1. AGTERGROND

In hierdie gedeelte word aangedui hoekom 'n utilitaristiese benadering noodsaaklik is in die daarstelling van 'n nuwe diensbillikheidsbestel vir Suid-Afrika. Volledige motivering vir die positivering van paslike wetgewing word ook verskaf.

Deurdat Suid-Afrika, ten spyte van wetgewende pogings om diensdiskriminasie te verbied, steeds gebuk gaan onder 'n onbevredigende diskriminerende kultuur in die werksplek, is die behoefte aan 'n *utilitaristiese benadering* (waarvolgens die reg moet "lei"), teenoor die *historiese ontwikkeling* van die reg (waarvolgens die reg moet "volg"), geïdentifiseer.¹ Slegs deur 'n utilitaristiese benadering sal die gevestigde diskriminasiekultuur in Suid-Afrika behoorlik, effektief en spoedeisend aangespreek kan word.

Die volgende uitspraak, soos gemaak deur die Minister van Arbeid, bevestig die behoefte aan 'n sneller ontwikkeling van die reg:

*"Our journey started in the bowels of the apartheid mine, factory and farm... How quickly do we forget this history? Yet it continues to shape employment patterns today... And it continues to shape the cultural paradigm of our workplaces and I am afraid, our society."*²

¹ Vergelyk die uiteensetting van Von Misse L, 2001: 55-73 rondom die utilitaristiese leerstuk en die historiese leerskool van Von Savigny.

² Openingstoespraak van die Minister van Arbeid (Suid-Afrika) tydens die lansering van die diensgelykheidsregister, 2000: 1. <http://www.labour.gov.za/docs/sp/2000/sp1002.html>

3. BENADERING IN PROEFSKRIF

Indien die ideaal vir diensbillikheid slegs gerig sou wees op die bevordering van demokrasie, diversiteit en ekonomiese ontwikkeling, moet daar gewaak word teen 'n konseptuele sirkelgang. Hierdie tipe ideaal vir diensbillikheid is naamlik in beginsel uiters vaag en subjektief. Die utilitaristiese benadering wat in hierdie proefskrif gevolg word, en wat die grondslag is van die voorgestelde geïntegreerde model, word as teenvoeter gebruik vir die gevaar van 'n sirkelargument rondom die waarde van diensbillikheid. 'n Uiteensetting van *utilitarisme*, wat as die filosofiese vertrekpunt in hierdie proefskrif gebruik word, word vervolgens gegee.

3.1. AGTERGROND

In hierdie gedeelte word aangedui hoekom 'n utilitaristiese benadering noodsaaklik is in die daarstelling van 'n nuwe diensbillikheidsbestel vir Suid-Afrika. Volledige motivering vir die positivering van paslike wetgewing word ook verskaf.

Deurdat Suid-Afrika, ten spyte van wetgewende pogings om diensdiskriminasie te verbied, steeds gebuk gaan onder 'n onbevredigende diskriminerende kultuur in die werksplek, is die behoefte aan 'n *utilitaristiese benadering* (waarvolgens die reg moet "lei"), teenoor die *historiese ontwikkeling* van die reg (waarvolgens die reg moet "volg"), geïdentifiseer.¹ Slegs deur 'n utilitaristiese benadering sal die gevestigde diskriminasiekultuur in Suid-Afrika behoorlik, effektief en spoedeisend aangespreek kan word.

Die volgende uitspraak, soos gemaak deur die Minister van Arbeid, bevestig die behoefte aan 'n sneller ontwikkeling van die reg:

*"Our journey started in the bowels of the apartheid mine, factory and farm... How quickly do we forget this history? Yet it continues to shape employment patterns today... And it continues to shape the cultural paradigm of our workplaces and I am afraid, our society."*²

¹ Vergelyk die uiteensetting van Von Misse L, 2001: 55-73 rondom die utilitaristiese leerstuk en die historiese leerskool van Von Savigny.

² Openingstoespraak van die Minister van Arbeid (Suid-Afrika) tydens die lansering van die diensgelykheidsregister, 2000: 1. <http://www.labour.gov.za/docs/sp/2000/sp1002.html>

3.2. DIE KONSEP VAN UTILITARISME

Die wetgewende erkenning van menseregte, soos vervat in die Grondwet van Suid-Afrika³, het die era van grondwetlik afdwingbare groeps- en individuele regte in Suid-Afrika ingelui. Aangesien menseregte, en in besonder die reg tot gelykheid, egter duidelike standaarde van moraliteit vereis, kan daar nie vanuit 'n positivistiese hoek volstaan word met enersyds die *algemene* formulering van menseregte in die Suid-Afrikaanse Grondwet en andersyds die daaropvolgende interpretasie van grondwetlike beginsels deur die geregshowe nie. Duidelik geformuleerde standaarde van moraliteit, welke ook vervat moet word in paslike statutêre gelykheidsbeginsels, word in my opinie benodig ten einde daadwerklike gevolg te gee aan die nasionalistiese gedagte van *"peace and friendship"*.⁴

Die gebrekkige formulering van die vereiste standaarde van moraliteit in bestaande gelykheidswetgewing in Suid-Afrika word in hierdie proefskrif uitgewys. Die standpunt word ook vervolgens gehuldig, gegee die erns en belangrikheid van billikheid en gelykheid in spesifiek die werksplek in Suid-Afrika, dat die historiese ontwikkeling van die reg deur regspraak en die toepassing van vae beginsels op spesifieke gevalle, nie wenslik sal wees ten einde hierdie dilemma aan te spreek nie. Aangesien die historiese ontwikkeling van menseregte, in besonder ten aansien van diensgelykheid, reeds ver gevorderd is in verskeie ontwikkelde Westerse lande, handhaaf die skrywer ook die standpunt dat daar met vrug na hierdie ontwikkelde regstelsels gekyk moet word ten einde 'n sneller ontwikkeling van gelykheid binne die Suid-Afrikaanse arbeidsreg te verseker.

In die woorde van JS Mill:

"There exists no moral system under which there do not arise unequivocal cases of conflicting obligations. These are the real difficulties, the knotty points both in the theory of ethics, and in the conscientious guidance of personal conduct. They are overcome practically, with greater or with less success, according to the intellect and virtue of the individual; but it can hardly be pretended that any one will be the less

³ Grondwet van Suid-Afrika, Wet 108 van 1996. Vergelyk ook uiteensetting deur Cachalia A et al, 1994: 24 ten opsigte van die gelykheidsbepalings in die Grondwet.

⁴ Vergelyk die ANC Freedom Charter, 26 Junie 1955, <http://www.anc.org.za/ancdocs/history/charter.html>. Vergelyk ook verder die uiteensetting rondom die implementering van die ANC Freedom Charter deur Radebe J, 2001: 9

qualified for dealing with them, from possessing an ultimate standard to which conflicting rights and duties can be referred.”⁵

Konflikterende belange en verpligtinge (soos na verwys in bogaande aanhaling) behoort myns insiens vanuit 'n vooraf bepaalde perspektief rondom die aard en doel van moraliteit aangespreek te word. Indien “gebruikswaarde” as die primêre bron van morele verpligtinge beskou word, behoort “gebruikswaarde” gevolglik aangewend te word ten einde konflikterende moraliteitsuitgangspunte te besweer. In hierdie proefskrif word daar op soortgelyke wyse geargumenteer dat utilitarisme, wat “gebruikswaarde” as die primêre bron van morele verpligtinge beskou, die beste benadering daarstel om die reg ten opsigte van diensgelykheid en –billikheid te ontwikkel. Alhoewel die toepassing van die relevante standaarde (soos reeds vervat in ander ontwikkelde Westerse regstelsels) moeilik mag wees in die bepaling van “gebruikswaarde”, is dit meer bevredigend as die huidige afwesigheid van enige duidelike riglyne in die statutêre regulering van diensgelykheid in Suid-Afrika.

Ook die natuurreg as verwysingsraamwerk word as onvoldoende beskou in die daarstelling van duidelike beleidsvertrekpunte. Die natuurregtelike beginsels dwing naamlik 'n onafhanklike outoriteit af, maar omvat steeds 'n verskeidenheid van ongedefinieerde veralgemenings wat 'n onaanvaarbare ruimte laat vir individuele opinie en bevooroordeelings. Die gebruik van natuurregtelike beginsels, wat geen vaste betekenisinhoud het nie, en eintlik steeds feitevrae of emotiewe voorskriftelike terme bly, behoort vermy te word. Uiteindelik setel almal maar in die feitlike, vae “boni mores” van die spesifieke geval in sy spesifieke konteks.

Teenoor die natuurreg en die historiese model, wat gestadig aan die hand van ad hoc-gevalle die reg ontwikkel, word utilitarisme as 'n filosofiese voorkeur in hierdie proefskrif voorgestaan ten einde die effektiewe regulering van diensbillikheid in Suid-Afrika te verseker.

Ten einde die filosofiese vertrekpunt in hierdie proefskrif te begryp, is 'n uiteensetting van die beginsels van utilitarisme noodsaaklik.

⁵ Mill JS, 1861: 14 van Hoofstuk 1, <http://www.utilitarianism.com/mill2.htm>.

Utilitarisme word deur *Olsen* beskryf as:

*"A moral or ethical theory which says that the ethically right action is the one that in comparison to other possibilities brings out the largest amount of positive values...The basis of the theory is that in order for a property to be valuable it must be a **universal feature**, capable of being realized here or there, with this individual or that".*⁶

Die universele werking van beginsels en waardes blyk duidelik uit bostaande aanhaling. Hierdie behoefte aan universaliteit noodsaak in hierdie proefskrif 'n ondersoek na die reeds ontwikkelde gelykheidsbeginsels in gevestigde Westerse regstelsels, met die eenduidige doelwit om "geluksaligheid" vir die gemeenskap te bewerkstellig. Die rol van "geluksaligheid" binne die leerstuk van utilitarisme word goed aangespreek in die definisie van utiliteit deur *Singer*, naamlik *"an action that is right if it produces as much or more of an increase in happiness of all affected by it than any alternative action, and wrong if it does not"*.⁷

Die grondslag van hierdie geluksaligheidsgedagte is dat geluk en genot intrinsieke waarde het, dat pyn en swaarkry intrinsiek waardeloos is, en dat enigiets anders slegs waarde het in die mate wat dit geluk veroorsaak en pyn verhoed. Laasgenoemde word beskou as "instrumentele waarde", wat utiliteitswaarde beliggaam as 'n medium tot die doel van intrinsieke waarde.⁸

Utilitarisme verteenwoordig dus die beginsel dat die intrinsieke waarde van geluk nie geaffekteer word deur die identiteit van die persoon wat dit ervaar nie. *"Thus, each counts for one, and none for more than one and my own interests cannot count for more, simply because they are my own, than the interests of others."*⁹ Die noodwendige konklusie, volgens die *John Stuart Mill* tradisie, is dat alleenlik dit wat die grootste hoeveelheid geluk

⁶ Olsen MG, 2001: 2 (eie beklemtoning)

⁷ Sien aangehaalde verwysing soos uiteengesit deur die "Utilitarian Organisation" in *Introduction to Utilitarianism*, <http://www.utilitarian.org/utility.html>. Vergelyk ook die beskouing rondom "peaceable enjoyment" soos beskryf deur Allen CK, 1951: 131

⁸ Friedmann W, 1967: 312. Sien ook uiteensetting deur die "Utilitarian Organisation" in *Introduction to Utilitarianism*, <http://www.utilitarian.org/utility.html>

⁹ Sien uiteensetting deur die "Utilitarian Organisation" in *Introduction to Utilitarianism*, <http://www.utilitarian.org/utility.html>. Vergelyk ook die uiteensetting deur Friedmann W, 1967: 312 - 325

vir die grootste aantal persone verseker, beskou word as reg, en dat motief of bedoeling geen impak het op die korrektheid al dan nie van 'n handeling.¹⁰

Die toepassing van die utilitaristiese benadering in hierdie proefskrif, bring "geluksaligheid" in lyn met die voorsiening van "welvaart" aan die grootste aantal persone. Die sosialistiese konteks van "geluksaligheid" word gevolglik binne die bedryfseksies verwagting van "welvaart" gekonkretiseer.

Ten einde egter die sosialistiese ondertone van utilitarisme in perspektief te plaas, is 'n voëlvlug van die belangrikste utilitaristiese denkers se beskouings noodsaaklik. 'n Kritiese analise van hierdie beskouings word hieronder getrek. Die analoog tussen utilitarisme en hierdie proefskrif se uitgangspunt word daarna verduidelik, met 'n finale uitklaring van die positivistiese aanslag van die bydrae in hierdie navorsing.

Bentham het utilitarisme as die basis vir hervorming beskou. Volgens hom behoort dit wetenskaplik bepaal te kan word wat moreel regverdigbaar is deur die beginsel van utiliteit toe te pas. 'n Handeling was volgens hom reg indien dit die grootste hoeveelheid geluk vir die grootste aantal persone sou verseker. Geluk was in hierdie verband gelyk gestel aan genot. Deur 'n tipe matematiese somtotaal van geluk en pyn te maak, behoort 'n persoon te kan bepaal wat is 'n korrekte of verkeerde of gebrekkige stuk wetgewing. *Bentham* het die utiliteitsteorie gebruik as die basis nie alleen van 'n etiese sisteem nie, maar ook ten opsigte van regs- en politieke transformasie. Hy het in hierdie verband sterk fokus geplaas op die noodsaaklikheid daarvan om kleiner belange op te offer ten behoeve van die groter belange, en so die etiese doelwit van die samelewing gestel op die grootste geluk vir die grootste aantal persone. *Bentham* het ook geredeneer dat, indien waardes gebaseer word op geluk en pyn, teorieë van natuurlike regte en natuurreg ongeldig is. *JS Mill* het sommige van *Bentham* se beginsels gemodifiseer en ook *Bentham* se metode rondom die somtotaal van verskillende hoeveelhede van geluk, uitgerekend. *Mill*, alhoewel hy die basiese uitgangspunt van *Bentham* ondersteun, argumenteer teen die suiwer kwantitatiewe persepsie van utiliteit.¹¹

¹⁰ Vergelyk die uiteensetting van die utilitaristiese beginsels deur Barry HP, <http://www.mc.maricopa.edu/users/vaughan/text/notes/intro/ethics/mill.html>

¹¹ Sien uiteensetting deur Salter L in *Bentham advanced utilitarianism as the basis for reform*: <http://www.indexo.pionexnet.co.uk/ethos/mill.htm>

Rawls het in die vroeë 1970's sterk beklemtoon dat die samelewing verskillende groepe mense met verskillende belange beslaan. Volgens Rawls is die enigste manier om geregtigheid vir almal te verseker, geleë in die daarstelling van "*a conception of justice as fairness as a viable alternative to the utilitarian tradition*".¹² Hierdie beginsel volg op die negatiewe kritiek op utilitarisme dat utilitarisme 'n onbillike en verdrukkende teorie daarstel wat minderheidsgroepe onderdruk. Mill het hierdie probleme in die toepassing van utilitarisme herken, alhoewel dit volgens hom nie toegeskryf behoort te word aan die leerstuk self nie.¹³ Mill erken hierdie gevolg in *On Liberty*. Hy beskou naamlik die tiranie van die meerderheid "*more formidable than many kinds of political oppression*" en "*though not usually upheld by such extreme penalties, it leaves fewer means of escape, penetrating much more deeply into the details of life, and enslaving the soul itself*".¹⁴ Ten einde hierdie dilemma die hoof te bied, behoort die fundamentele veronderstellings van Mill as vertrekpunt geneem te word:

*"Firstly, that all human life and therefore all human action is based on the maximization of happiness and minimization of pain; secondly, that humankind is a progressive being; and thirdly, that humankind can be educated and refined; humans have the capacity to make the rising generation, as a whole, as good as, and a little better than, itself".*¹⁵

Dit is duidelik uit hierdie aanhaling dat Mill 'n besliste idee van die kollektiewe het, gekoppel aan die gemeenskap en die sosiale orde. Ter bevestiging hiervan, verklaar Mill dat wette en die sosiale orde die belange en geluk van die individu in samehang met die belange en geluk van die geheel moet plaas. As 'n noodwendige gevolg, moet alle vorme van opvoeding die onverwyderbare verband tussen die individu se eie geluk en die voorspoed van die geheel verseker.¹⁶

Die kontradiksie tussen Mill se "vryheidsbeginsel" en sy "utiliteitsbeginsel" word egter deur Skorupski uitgewys deur die bewering dat die vryheidsbeginsel "*rules out any reason for a legal or moral sanction which justifies it on the basis that it is good for the individuals*

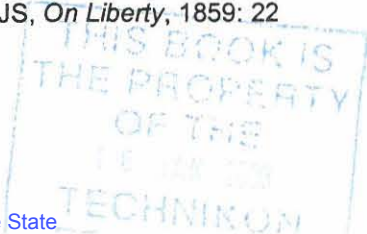
¹² Vergelyk Rawls J, 1973: 150, soos aangehaal deur Salter L in *Bentham advanced utilitarianism as the basis for reform*: <http://www.indexo.pionexnet.co.uk/ethos/mill.htm>

¹³ Vergelyk Mill JS, *On Liberty*, 1859: 104

¹⁴ Mill JS, *On Liberty*, 1859: 8

¹⁵ Sien Mill JS, soos aangehaal deur Salter L in *Bentham advanced utilitarianism as the basis for reform*: <http://www.indexo.pionexnet.co.uk/ethos/mill.htm>

¹⁶ Vergelyk Friedmann W, 1967: 320. Vergelyk ook Mill JS, *On Liberty*, 1859: 22



themselves to be compelled or prevented to perform this particular kind of act".¹⁷ Mill se utilitarisme beperk egter in my opinie nie die klem wat hy plaas op vryheid nie. Die "grootste geluk beginsel" behoort nie beskou te word as 'n geïsoleerde beginsel nie, maar 'n beginsel *in tandem* met die voorkoming van *ongelukkigheid*. Indien Mill se utilitarisme benader word met hierdie dualisme in gedagte, is sy beskouings rondom vryheid versoenbaar daarmee. Vryheid vorm deel van 'n gelukservaring, terwyl die beperking van vryhede waar sodanige vryheide ander benadeel, soortgelyk is aan die voorkoming van ongelukkigheid.

Dit is dus duidelik dat Mill twee beginsels het, naamlik "utiliteit" en "vryheid", en dat een van hierdie twee moet domineer as die eerste beginsel. Volgens Berlin plaas Mill nie utiliteit in isolasie as 'n enigste doel nie, weens die komplekse en ongedefinieerde aard daarvan. Volgens hom formuleer Mill sekondêre beginsels, wat neerkom op vryheid, verskeidenheid en geregtigheid. Hierdie sekondêre beginsels sou verseker of toelaat dat persone geluk kan ervaar. Utiliteit sou dan as 'n gevolg noodsaaklik word om as die oorheersende beginsel te funksioneer waar sekondêre beginsels konflikteer.¹⁸

Mill se utilitarisme gebruik egter soortgelyke argumente as liberaliste in die skepping van voorwaardes waarin 'n persoon geluk kan soek. Hy verklaar naamlik dat *"everyone...is capable of an existence which may be called enviable...unless such a person, through bad laws, or subjection to the will of others, is denied the liberty to use the sources of happiness within his reach"*.¹⁹

Die benadering in hierdie proefskrif slaan in besonder ag op hierdie laaste aanhaling, aangesien die gelykheidswetgewing in Suid-Afrika deur die skrywer beskou word as onvoldoende en gebrekkig. Ten einde die grondwetlike beginseluitgangspunte van die Regering ten uitvoering te bring, behoort die *"sources of happiness within his reach"* (as synde die bestaande goed ontwikkelde diensgelykheidsisteme in ander Westerse lande) beter benut te word. Deur 'n regsvergelykende analise kan onversoenbaarhede in verskillende regstelsels vervolgens uitgeskakel word, en kan die statutêre inkorporering van gelykheidsbeginsels (ingesluit diskriminasie-verwere) 'n versnelde lewensvatbare diensgelykheidsbestel in Suid-Afrika vestig. In hierdie opsig kan vryheid en geluk as

¹⁷ Vergelyk Skorupski soos aangehaal deur Salter L in *Bentham advanced utilitarianism as the basis for reform*: <http://www.indexo.pionexnet.co.uk/ethos/mill.htm>

¹⁸ Berlin, 1969: 181, soos aangehaal deur Salter L in *Bentham advanced utilitarianism as the basis for reform*: <http://www.indexo.pionexnet.co.uk/ethos/mill.htm>

¹⁹ Mill JS, *On Liberty*, 1859: 20 (eie beklemtoning)

onafskeidbaar beskou word, met die noodwendige analoog dat die Suid-Afrikaanse diensgelykheidsstelsel slegs ware demokrasie sal vestig indien diensgelykheidsbeginsels, soos reeds gevestig in ander Westerse lande, geïnkorporeer word tot ons wetgewende bestel. Die formulering van 'n "diensgelykheidswet" word dus as onvoldoende beskou, en word die addisionele formulering van gelykheidswetgewing vir elke diskriminasiegrond (bv. ras of geslag) voorgestaan.

Aangesien 'n positivistiese strekking deel uitmaak van die benadering in hierdie proefskrif, is dit noodsaaklik om uit te brei rondom die raakpunte tussen utilitarisme en positivisme, soos aangewend in hierdie navorsing.

3.3. POSITIVISME EN DIE ROL VAN DIE REGBANK

As uitgangspunt kan geneem word dat enige opgaaf van regsberedenering bepaalde voorafveronderstellinge het rondom die aard van die reg. Soortgelyk kan teorieë rondom die aard van die reg getoets word in terme van die implikasies daarvan in ooreenstemming met die betrokke regsberedenering. Hierdie is 'n punt wat sterk gepropageer is deur *Dworkin*.²⁰ Die implikasies van regspositivisme, met spesifieke verwysing na die teorieë van *HLH Hart*, kan egter, volgens *MacCormick*,²¹ fundamenteel gebrekkig beskou word, gegee die implikasies daarvan in verhouding tot regsberedenering. *MacCormick* verduidelik naamlik dat 'n regsstelsel bestaan uit 'n stel gemeenskaplike interafhanklike primêre reëls, wat die verpligtinge van persone in 'n samelewing reguleer, tesame met sekondêre reëls wat persone bemagtig om hierdie stel reëls te wysig of toe te pas. Hierdie stelsel word verder, volgens *MacCormick*, verenig deur die bestaan van 'n sekondêre reël, wat die kriteria uiteensit vir die identifisering van alle reëls wat deel vorm daarvan en ook die plig van beamptes bepaal ten opsigte van die uitvoering van al hierdie reëls. Laasgenoemde sekondêre reël word beskou as die '*rule of recognition*', wat as die gedeelde sosiale standaard van die stelsel funksioneer.²² Die bestaan van die "*rule of recognition*" binne 'n werklike regsstelsel vereis dat die reëls wat dit identifiseer effektief geïmplementeer is in die betrokke samelewing.

²⁰ Dworkin R, 1977: 1-4, 12-13

²¹ Vergelyk MacCormick N, 1978: 229

²² Vergelyk die uiteensetting deur MacCormick N, 1978: 229

Die vraag wat nou na vore kom, is die rol van regspraak in die skepping en vorming van primêre en sekondêre reëls. Die natuurlike historiese ontwikkeling van die reg word naamlik stewig gestuur deur regspraak. So redeneer *Dworkin* byvoorbeeld dat positivisme die proses van beslissing in 'n individuele geval foutiewelik kan beperk:

*"First of all, it leaves no room for the operation of principles within the judicial process. Secondly, it wrongly characterizes the nature and extent of judicial discretion...The truth is that they (judges) have only a weak form of discretion, in that they must exercise their own best judgment...as to the proper application of relevant principles and other legal standards. Thirdly, these principles, although genuinely legal, are not identifiable by 'pedigree' via a rule of recognition. Fourthly, the theory of social rules on which the account of the rule of recognition is based is in any event untenable"*²³

Hierdie punte van kritiek word soos volg aangespreek:

Regsbeginsels, as 'n subkategorie van politieke beginsels volgens *Dworkin*, word deur *MacCormick* geïdentifiseer as aanduidend van die regte van burgers as individue, teenoor beleide wat kollektiewe doelwitte identifiseer. *MacCormick* gaan egter voort deur aan te dui dat die interpretasie van reëls in 'n groot mate beïnvloed word deur die oorweging van beginsels, en dat beginsels in effek beskou kan word as relatief algemene norme wat reëls rasionaliseer.²⁴

Hierdie benadering kan myns insiens vertolk word as aanduidend van 'n verwantskap tussen die "*rule of recognition*" en regsbeginsels, alhoewel indirek. Reëls wat as regsreëls funksioneer, doen so uit hoofde van hulle oorsprong, terwyl beginsels wat as regsbeginsels funksioneer, so doen weens hulle funksie in verhouding tot die betrokke reëls. Die gevolg is dat geen bekragtiging van waardes, soos beliggaam in die regsbeginsels, nodig is ten einde kennis van die inhoud of bestaan van die regsreël(s) te hê nie. Waar daar dus gepraat word daarvan dat die reg 'n beliggaming van waardes is, word 'n metaforiese aanslag gevind. Die daadwerklike formulering van waardes en beginsels as deel van 'n stuk wetgewing vind nie in alle gevalle plaas nie. So, byvoorbeeld, word daar in die Suid-Afrikaan

²³ Sien *Dworkin*, soos aangehaal deur *MacCormick* N, 1978: 230

²⁴ *MacCormick* N, 1978: 230. Reëls word in die konteks van hierdie proefskrif vertolk as wetgevoorskrifte.

Die vraag wat nou na vore kom, is die rol van regspraak in die skepping en vorming van primêre en sekondêre reëls. Die natuurlike historiese ontwikkeling van die reg word naamlik stewig gestuur deur regspraak. So redeneer *Dworkin* byvoorbeeld dat positivisme die proses van beslissing in 'n individuele geval foutiewelik kan beperk:

*"First of all, it leaves no room for the operation of principles within the judicial process. Secondly, it wrongly characterizes the nature and extent of judicial discretion...The truth is that they (judges) have only a weak form of discretion, in that they must exercise their own best judgment...as to the proper application of relevant principles and other legal standards. Thirdly, these principles, although genuinely legal, are not identifiable by 'pedigree' via a rule of recognition. Fourthly, the theory of social rules on which the account of the rule of recognition is based is in any event untenable"*²³

Hierdie punte van kritiek word soos volg aangespreek:

Regsbeginsels, as 'n subkategorie van politieke beginsels volgens *Dworkin*, word deur *MacCormick* geïdentifiseer as aanduidend van die regte van burgers as individue, teenoor beleide wat kollektiewe doelwitte identifiseer. *MacCormick* gaan egter voort deur aan te dui dat die interpretasie van reëls in 'n groot mate beïnvloed word deur die oorweging van beginsels, en dat beginsels in effek beskou kan word as relatief algemene norme wat reëls rasionaliseer.²⁴

Hierdie benadering kan myns insiens vertolk word as aanduidend van 'n verwantskap tussen die *"rule of recognition"* en regsbeginsels, alhoewel indirek. Reëls wat as regsreëls funksioneer, doen so uit hoofde van hulle oorsprong, terwyl beginsels wat as regsbeginsels funksioneer, so doen weens hulle funksie in verhouding tot die betrokke reëls. Die gevolg is dat geen bekragtiging van waardes, soos beliggaam in die regsbeginsels, nodig is ten einde kennis van die inhoud of bestaan van die regsreël(s) te hê nie. Waar daar dus gepraat word daarvan dat die reg 'n beliggaming van waardes is, word 'n metaforiese aanslag gevind. Die daadwerklike formulering van waardes en beginsels as deel van 'n stuk wetgewing vind nie in alle gevalle plaas nie. So, byvoorbeeld, word daar in die Suid-Afrikaanse

²³ Sien *Dworkin*, soos aangehaal deur *MacCormick* N, 1978: 230

²⁴ *MacCormick* N, 1978: 230. Reëls word in die konteks van hierdie proefskrif vertolk as wetgewende voorskrifte.

Gelykheidswetgewing verskeie herhalings van die grondwetlike reg rondom gelykheid gevind, maar word die beginsels onderliggend tot elke onderskeie diskriminerende kriteria nie volledig gepromulgeer nie.

Die formulering van regsbeginnels as regsreëls is een manier om bepaalde waardes meer eksplisiet bindend te maak. In hierdie verband moet egter opgemerk word dat die promulgering van sulke regsreëls nie beteken dat die inhoudelike van 'n betrokke regsbeginnel eksplisiet gemaak word nie, maar dat die betrokke inhoudelike van die onderliggende beginsel eenvoudig meer bindend gemaak word in die uitleg van die betrokke reël. In effek kom dit daarop neer dat daar meer sin gemaak kan word van die betrokke reël. In hierdie proefskrif word die onderliggende beginsels en waardes, wat reeds paslik (in die vorm van regte of verwere) in die regsisteme van ander Westerse lande in wetgewing vervat is, as 'n reeds paslike formulering van die *boni mores* beskou. Die regsvergelykende beoordeling van hierdie lande se gelykheidswetgewing, met paslike akkommodasie vir die spesiale behoeftes en omstandighede in Suid-Afrika, dien ter ondersteuning van die argument in hierdie proefskrif dat positivering van die betrokke gelykheidsbeginnels die reg sneller sal ontwikkel en sodoende vinniger regsekerheid sal skep ten opsigte van beginselkwelpunte.

Dit sou verkeerd wees om te redeneer dat beginsels op sigself bepaal word deur die '*rule of recognition*'. Daar kan naamlik meer as een stel normatiewe veralgemenings bestaan wat kan lei tot die rasionalisering van die reëls wat behoort tot die betrokke onderwerp in die regsisteem.²⁵ Die redenasie is eerder dat ons regsreëls het omdat ons bepaalde beginsels onderskryf, en nie *vice versa* nie. Omdat die meerderheid in die Britse Parlement in die 1960's die mening toegedaan was dat dit in beginsel verkeerd is om diskriminerende rassepraktye te duld, is die *Race Relations Act* gepromulgeer. Dit het nie beteken dat 'n nuwe beginsel geskep is nie, maar dit het wel geïmpliseer dat 'n beginsel (wat in wese 'n politieke beginsel is) die krag van 'n reël verkry. Deur hierdie legalisering van 'n beginsel wat deur 'n bepaalde meerderheid onderskryf word (en dikwels deur 'n ander groepering of minderheid nie ondersteun word nie), verkry 'n beginsel gevolglik die status van 'n statutêre reg.

²⁵ Sien byvoorbeeld die ontwikkeling van die nalatigheidsbeginnel in die saak van *Donoghue v Stevenson* [1932] A.C. 562; 1931 S.C. (H.L.) 31

Soos reeds aangedui, het die proses om menseregte, waarvan die reg op gelykheid 'n integrale deel vorm, in Suid-Afrika te legaliseer, begin in die promulgering van die Suid-Afrikaanse Grondwet 1996. Die identifisering van kategorieë van diskriminasie, (bv. ras, geslag, ouderdom ensovoorts) het tot die verdere behoefte gelei om paslike parlementêre wetgewing te formuleer ten einde toepassing van die gelykheidsverpligting te verseker. Die Suid-Afrikaanse gelykheidswette, wat in hierdie proefskrif analities ontleed word, spreek myns insiens nie die volle konsekwensies van veranderende sosiale waardes aan nie.²⁶ As gevolg van die algemene bewoording van gelykheidswetgewing in Suid-Afrika word daar van die howe verwag om reg te skep deur interpretasies te maak van die algemene verbodinge rondom diskriminasie.

Die howe is dus verplig om in hulle beslissings gebruik te maak van hulle eie interpretasies van die *boni mores*, wat neerkom op 'n tipe ongedefinieerde gemeenskapskonsensus ten opsigte van sosiale waardes, wat regters gebruik ten einde effek te gee aan 'n betrokke regsreël rondom diensgelykheid. In hierdie proses word bepaalde politieke regsbeginsele gefilter deur regters se subjektiewe beskouings rondom kontemporêre opinie. Op hierdie wyse word nuwe regsbeginsele op 'n stadige, inkrementele patroon tot die reg ingevoer, teenoor die onmiddellike krag van wetgewing.²⁷ Die invoer van 'n RassediskriminasieWet en 'n Geslagsdiskriminasie Wet in Suid-Afrika kan sake oornag verander.

Aangesien dit noodsaaklik is dat die onmiddellike toepassingskriteria en –voorwaardes duidelik geïdentifiseer moet word in die betrokke wetgewing, is artikulasie van konstitusionele beginsele en waardes noodsaaklik. *MacCormick* beskryf hierdie verpligting soos volg:

“...what must be essential to the ‘internal aspect’ of the rule of recognition is some conscious commitment to pursuing the political values which are perceived as underpinning it, and to sustaining in concrete form the political principles deemed inherent in the constituted order of the society in question. Some such attitude seems to be necessarily engaged in genuine acceptance of an obligation to apply

²⁶ Vergelyk hoofstuk 3.

²⁷ Vergelyk *Scala Ballroom (Wolverhampton) Ltd. v Ratcliffe* [1958] 3 All E.R. 220, waar die afwesigheid van 'n wet rondom Rassediskriminasie (op daardie stadium) onduidelikheid gelaat het rondom die hantering van siviele sameswering in rasverband. Vergelyk ook *Nagle v Fielden* [1966] 2 Q.B., 633, ten opsigte van die verbreking van “public policy” in die bedryf van diskriminerende geslagspraktyke.

*validly enacted statutes, or authoritative precedents, or whatever other rules are derivable from sources of law specified by criteria of recognition.*²⁸

In die lig van die konsekwensialistiese argument dat gehoor gegee moet word aan die beginsel van formele geregtigheid, soos hierbo gemotiveer, volg dit dat die interafhanklike elemente van samehang en konsekwentheid sterk inslag moet vind in uitsprake van hof. Duidelike regsreëls verseker uitvoering van hierdie elemente, met die diskresie van die hof hoofsaaklik gesleutel in 'n beslissing rondom die balansering van betrokke regte soos vervat in verskillende regsreëls.

Die teorie van regsberedenering in hierdie proefskrif, vanuit die utilitaristiese perspektief, en in samehang met die positivistiese idealisme hierbo uiteengesit, gee gewig aan die nuttige funksionering van *boni mores* beginsels en ander standaarde in die regsproses. Dit volg dat regters nie meer as 'n beperkte diskresie het in die beslissing van 'n "harde" saak nie, en dat die positivering van regsbeginnels (soos reeds gevestig as regsreëls in ander regstelsels) die snelle ontwikkeling van die reg sal verseker.

3.4. BILLIKHEID EN DIE ONTWIKKELING VAN DIE REG

Ten opsigte van die ontwikkeling van die regsbeginnels rondom diensgelykheid in Suid-Afrika, word utiliteit in hierdie proefskrif sterk gekoppel aan die *boni mores* leerstuk en die behoeftes van 'n abnormale samelewing. In die lig van bogaande filosofiese beredenering ten opsigte van utilitarisme en positivisme, asook die spesifieke verwysing na die historiese ontwikkeling van die billikheidskonsep in die Suid-Afrikaanse reg, is dit duidelik dat billikheid en gelykheid as 'n komplimenterende eenheid beskou moet word. Hierdie a naloog word gedetailleerd a angetref in die verslag van die destydse *Wiehahn Kommissie*, welke soos volg aangehaal word:

"In most countries the true grounds of decision in the field of industrial relations on the question of what constitutes fairness in a particular case include considerations of socio-economic and socio-political policy. It is vain to suppose that solutions will always be attained by the logic and general propositions of law: decisions on the grounds of equity or fairness might therefore be regarded as a correction of law

²⁸ MacCormick N, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1978: 230

where the law is defective owing to its universality, or where it is silent owing to its conservatism. As it is so appropriately stated; equity or fairness in the judicial process fashions a trust with flexible adaptation to the call of the occasion. In South Africa it has on many occasions been pointed out by the Supreme Court that a system of equity does not exist separately from the system of law. Equity in South Africa has always been regarded as an important ingredient of its common law, the Roman Dutch law. The interpretation of fairness or equity will therefore also be developed along the principles of Roman Dutch law.”²⁹

Bostaande aanhaling is in ooreenstemming met die Suid-Afrikaanse regstradisie om die reg histories te ontwikkel aan die hand van beginsels soos *aequitas*, sonder om gelykheid as ‘n afsonderlike regsisteem te sien.³⁰ In praktyk egter, soos uitgewys deur *De Witt*, is die beginsel van onbillikheid in arbeidspraktyke nie primêr histories ontwikkel in Suid-Afrika nie, maar juis aan die hand van die lukrake inleiding tot die Suid-Afrikaanse reg van regsbeginnels soos toegepas in ander lande:

“The concept has on the contrary served to a large extent as an independent basis for the introduction of legal principles or guidelines from all over the world as lawyers went on an international shopping spree in search of material that would secure favourable outcomes in the cases they argued in terms of the widely defined unfair labour practice concept. The industrial court was not reluctant to buy the material peddled in its stitching together of a jurisprudential quilt of guidelines which did not always blend with the rest of the Roman-Dutch furniture of our legal system, but provided some warmth to those invited to the inhospitable bed of the new labour dispensation.”³¹

Aangesien hierdie beginsels, wat deur internasionale regsvergelyking in die Suid-Afrikaanse howe ontplooi is, nie deur Suid-Afrikaanse wetgewing gelegitimiseer is nie, is hierdie beginsels as blote “riglyne” in praktyk aangewend.³² Voorts is die gevolglike wydgedefinieerde onbillikheidskonsep as sowel oneffektief as onaanvaarbaar beskou as ‘n

²⁹ Wiehahn NE, 1982: par 4.127.18

³⁰ Vergelyk Henning P, 1986: 243. Vergelyk ook soortgelyke standpunte in De Vos W, 1967: 362; Van Zyl DH, 1988: 272; Van Zyl DH, 1986: 110; Waite J, 1986: 32

³¹ Vergelyk CC de Witt, 1993: 264

³² Vergelyk Waite J, 1986: 31-35

basis vir institusionalisering. Vergelyk in hierdie verband die opmerking van *De Witt*:

*"The concept should either be abolished altogether and replaced by other legal mechanisms such as bargaining, legislation and regulations in terms of legislation (provided access to central rule making is open to all in society) or be formulated specifically and clearly in order to make it more conducive to adjudication. If this is not done as a broadly defined legal basis for juridification of industrial relations, the door is wide open for the introduction of legal bias and complete subjectivity in the development of ad hoc rules by outsiders to the relationship."*³³

Sedert die promulgering van die *Wet op die Bevordering van Gelykheid en die Voorkoming van Onbillike Diskriminasie, Wet 4 van 2000* en die *Wet op Diensgelykheid, Wet 55 van 1998* in Suid-Afrika, is die grondwetlike reg rondom gelykheid in wetgewing vasgevat. Die vraag wat tereg ontstaan, en wat in hierdie proefskrif aangespreek word, is die mate waarin hierdie wetgewing voldoen aan die implementeringsverwagting van die grondwetlike reg op gelykheid. Soos reeds hierbo uiteengesit, word nougesette nakoming van logika en streng reg voorgestaan in hierdie proefskrif. Gevolglik word verwag dat wetgewing rondom gelykheid inderdaad omvattend geformuleer moet word ten einde in die grootste moontlike mate voorsiening te maak vir feitelike situasies. Hierteenoor het *Henning* egter reeds in 1986 aangedui dat dit onmoontlik is om elke feitelike situasie te legitimeer. Volgens hom veronderstel die aanwending van die billikheidsreg 'n individualiseringsopdrag: *"dit veronderstel 'n poging om geregtigheid vir die geval te verwesenlik. Ons howe het tereg al dikwels die a andag daarop gevestig dat by diskresionêre regsaaanwending 'the particular circumstances of each and every individual case coming up for decision' van deurslaggewende belang is en dat die regsaaanwender nie belas is met kategoriese voorskrifte oor hoe hy te werk moet gaan nie"*³⁴

Hierdie uitgangspunt van *Henning* word nie ten volle deur die skrywer onderskraag nie. Vanuit 'n utilitaristiese benadering, gegee die kritieke behoefte aan transformasie en opheffing in Suid-Afrika, kan daar nie vae riglyne rondom billikheid aan howe gestel word nie. Alhoewel skrywer saamstem dat billikheid as riglyn vir die implementering van regsreëls aangewend behoort te word, en so verseker dat geregtigheid in elke individuele geval geskied, noodsaak die sosiale en ekonomiese verwagtinge in Suid-Afrika meer

³³ De Witt CC, 1993: 266

³⁴ Henning P, 1986: 249

konkrete toepassingskriteria vir billikheid in die Suid-Afrikaanse konteks. Dit is vervolgens belangrik om die verband tussen billikheid en gelykheid, asook die historiese rol van hierdie twee begrippe in die Suid-Afrikaanse reg, te ontleed.

Die term “billik” word deur die *Concise Oxford Dictionary of Current English* gedefinieer as “*just unbiased, equitable, in accordance with the rules*”. Billikheid word ook deur die Wet op Gelyke Indiensneming³⁵ geïllustreer, deurdat hierdie Wet juis probeer om gelykheid in die werksituasie eventueel te bewerkstellig deur ongelyke maatreëls – naamlik blatante maar geregverdigde diskriminasie teen blanke mans – toe te pas. Dit is ongelykheid, maar billik in die lig van die einddoelwit. Volgens *Henning* het die billikheid hom bewys as die figuur par excellence om leemtes aan te vul. Die volgende opsomming van die rol en plek van gelykheid in die Suid-Afrikaanse tradisie is verteenwoordigend van hierdie stelling:

“Dit skyn of die gedagte aan ‘n billikheidsreg gebore is uit die oortuiging dat dit onmoontlik is om die regslewe volledig te reglementeer...Reeds Plato en Aristoteles het die positiewe reg as onvolkome beskou en in die billikheid ‘n middel gesien om die positiewe reg te verbeter waar dit in besondere gevalle tot onregverdigde gevolge sou lei. Die praktiese aanleg van die Romeine het die billikheid – aequitas – benut om die ius strictum by nuwe verhoudinge en by die eise van die geval aan te pas. Die billikheid word beskryf as die ‘voortreflikste regsverbeterende middel’ in die Romeinse reg. Waar die ius aequum en die ius strictum eers twee onderskeie regsringe gevorm het, het geleidelik ‘n versmelting plaasgevind en is die onderskeid uitgewis. Ook die Kanonieke reg het die werking van die billikheidsgedagte geken. In Engeland het die ‘equity’ – begrip ‘n eienaardige verloop. Aanvanklik het die billikheidsreg buite die howe om, veranker in die koning, ontwikkel. Iemand wat verontreg gevoel het oor die howe se hantering van sy saak, kon die koning nader wat beklee was met ‘a reserve of justice’. Die oogmerk van die billikheidsreg was geregtigheid vir die besondere geval. Later is afsonderlike howe vir die handhawing van ‘equity’ – reg daargestel, totdat in 1875 met die Judicature Acts ‘n nuwe bedeling gekom het. Ons reg ken nie ‘n afsonderlike billikheidsreg, ‘n ‘system of equity, as distinct from a system of law’ nie, maar probeer om onder dekking van byvoorbeeld uit die billikheid voortvloeiende stel reëls in te gryp waar starre reg vir die betrokke geval onbillike resultate meebring.

³⁵ Employment Equity Act, 1998:1: Hoofstuk II. Hierdie wet kan ook vertaal word as die Wet op Billike Werksgeleenthede.

'n Mens sou verwag het dat, vanweë sy uitgebreide aanwending, daar oor die betekenis van die billikheidsbegrip eenstemmigheid sal bestaan. Tog dra die begrip geen ondubbelsinnige betekenis nie. Dit is 'n geval, verklaar Rümelin, van soveel hoofde, soveel sinne, en hy staaf sy stelling met voorbeelde. Waaroor eensgesindheid heers, is dat die billikheid 'n funksionele begrip is, die aanwending waarvan op die starre reg 'n soepele, gelykmakende, harmoniese inwerking het en wat geregtigheid vir die geval nastreef. Scholten meen dat die geregtigheid 'n algemene karakter het en dat die billikheid 'n in concreto, op 'n bepaalde verhouding gerig, werking het.'"³⁶

Die beginsel hierbo uiteengesit, naamlik dat *aequitas* gebruik kan word ten einde gepositiveerde reg te ontwikkel en sodoende 'n verbeterde regstelsel daar te stel, word ondersteun. Ook ten aansien van gelykheidswetgewing in Suid-Afrika, word die uitgangspunt as versoenbaar beskou, met die implikasie dat, waar wetgewing (ingesluit gelykheidswetgewing) nie billikheid tot gevolg het nie, en nie die geluksaligheid van die grootste aantal persone verseker nie, die gepositiveerde reg aangepas moet word. Dit is hier waar die utiliteitsbenadering ter sprake kom, en die siening gehuldig word dat billikheidsbeginsels vervat in ander regstelsels gebruik kan word ten einde hierdie aanpassing te bewerkstellig. Die beoordeling van die billikheid al dan nie van die bestaande gepositiveerde reg, bly egter geleë in die *boni mores*, en word geen afbreuk gedoen aan die historiese gebruikmaking van die *boni mores* as instrument om die billikheid al dan nie van bestaande wetgewing te beoordeel nie. Die leemtes wat egter ervaar word met die inhoudelike van die *boni mores* noodsaak 'n gemodifiseerde aanslag.³⁷ Die fokus soos voorgestaan in hierdie proefskrif, en soos uiteengesit hierbo, sentreer gevolglik rondom die utiliteitsaspek in hierdie beoordelingspoging, met 'n nuwe sosiale orde as holistiese doelwit, in ooreenstemming met die Grondwet van Suid-Afrika.

³⁶ Henning P, 1986: 247-249 soos aangehaal deur De Witt CC, 1993: 266 – 268. Vergelyk ook soortgelyke sienings deur Hahlo HR & Kahn E, 1968: 133: "The view was taken by the Greek philosophers that the strictness of the law should be tempered by a supplementary equitable interpretation, in Aristotle's words, 'a correction of law where it is defective owing to its universality'. Where hardship results from the generality of a legal rule, equity should step in and decide what in the spirit of the law would have been laid down had regard been had to the particular case."

³⁷ Vergelyk bv. die opmerking van De Vos W, 1967: 362: "Wat is hierdie billikheidsgevoel waarvoor regsreëls moet swig, nou eintlik? Is dit nie maar net 'n ander woord vir die natuurreg nie? En het die natuurreg, wat aan almal kenbaar sou wees en dus ook seker sou wees, dan nie reeds in die 17de en 18de eeue geblyk 'n hersinskim te wees nie?"

Deur hierdie benadering word die gedetailleerde formulering van diensgelykheidsbeginsels ten opsigte van alle geïdentifiseerde diskrimineringskriteria (bv. ras, geslag, ouderdom, ens.) voorgestaan. Dit moet duidelik begryp word dat daar nie in hierdie navorsing gepoog word om 'n betoog uit te maak vir die positivering van die billikheidsbeginsel *per se* nie, maar noodsaak die toepassing van die billikheidsbeginsel die beoogde positivering van *diensgelykheidskriteria* vir die onderskeie diskrimineringsgronde (ras, geslag, ens.).

Die volgende opsomming van die rol en doel van billikheid, soos gebruik in hierdie proefskrif, is dus relevant:

1. Billikheid (gelykheid), soos gesetel in die *boni mores*, en utiliteit as primêre bron van moraliteit, word aangewend ter beoordeling van die bestaande gepositiveerde gelykheidswetgewing in Suid-Afrika.
2. Dit word beskou as billik (vanuit 'n utilitaristiese vertrekpunt), gegee die dringende behoefte aan die effektiewe realisering van diensgelykheid in Suid-Afrika, dat bestaande regsbeginsels in ander Westerse lande ondersoek en waar paslik by wyse van wetgewing geïnkorporeer word tot die gelykheidsreg in Suid-Afrika.
3. Dit word verder beskou as billik (vanuit 'n utilitaristiese vertrekpunt) om bestaande regsbeginsels, soos vervat in die diensgelykheidswetgewing in Suid-Afrika, te interpreteer en toe te pas aan die hand van duidelike regsbeginsels soos reeds vervat in die diensgelykheidsbestel van ander Westerse lande. Alhoewel die *boni mores* leerstuk op sy beurt aangewend kan word ten einde die billikheid van die reeds uitgekristalliseerde regsbeginsels in ander Westerse lande te beoordeel, is skrywer die mening toegedaan dat hierdie oefening reeds in die betrokke land geskied het, en dat 'n herhaling daarvan slegs waarde sal hê in die mate wat dit 'n onversoenbaarheid met die eiesoortige behoeftes van Suid-Afrika kan uitwys. In hierdie verband word die argument ondersteun dat die reg die gemeenskap lei, teenoor die historiese benadering se uitgangspunt dat die reg na gelang die *ad hoc* konkretisering van die *boni mores* van geval tot geval ontwikkel.

Waar nodig, sal daar in hierdie proefskrif uitgewys word in watter mate die billikheid van sodanige reeds uitgekristalliseerde diensgelykheidsbeginsels wel deur leidinggewende Westerse lande, met die *boni mores* as vertrekpunt, beoordeel en

aanvaar is. Terselfdertyd sal kennis geneem moet word van die inherente vaagheid van die *boni mores* en die gepaardgaande natuurregtelike billikheidsbeginsel.³⁸ Hierdie vaagheid word in hierdie proefskrif getemper deurdat utiliteit, gefokus op die daarstelling van geluksaligheid vir die grootste aantal persone in Suid-Afrika, as die filosofiese vertrekpunt gestel word.

4. CHRONOLOGIESE INDELING VAN HOOFSTUKKE

In **Hoofstuk 1** word die doel van en metodiek gevolg in hierdie proefskrif uiteengesit. Hierdie hoofstuk omvat ook 'n uiteensetting van die filosofiese vertrekpunt soos aangetref in die proefskrif.

Hoofstuk 2 behels 'n regsvergelykende studie van diensbillikheid in leidinggewende Westerse regstelsels. Vergoedingsdiskriminasie word as 'n primêre vorm van diensdiskriminasie ontleed, terwyl die beginsels van gelyke en vergelykbare waarde onder die soeklig geplaas word. In die ondersoek rondom die generiese billikheidsbeginsels in diensdiskriminasie word daar regsvergelykend 'n analise gemaak van "besigheidsnoodsaak" wat as werkgewersverweer gebruik kan word in klagtes van "ongelyke behandeling" en "ongelyke impak".

Hoofstuk 3 loods 'n kritiese beoordeling van die suksesse en tekortkominge van die bestaande billikheidswetgewing in Suid-Afrika, met 'n geïntegreerde fokus op die daarstelling van verantwoordbare wetgewende maatreëls binne die konstitusionele verwagtinge rondom diensbillikheid.

Hoofstuk 4 bind die navorsingsresultate saam in 'n praktiese toepassingsraamwerk vir diensbillikheid in Suid-Afrika. Die navorsingsresultaat is tweeledig:

- (i) Gegee die leemtes soos geïdentifiseer in hoofstuk 3, word daar, aan die hand van die regsvergelykende studie in hoofstuk 2, spesifieke konsepwette vir die Suid-

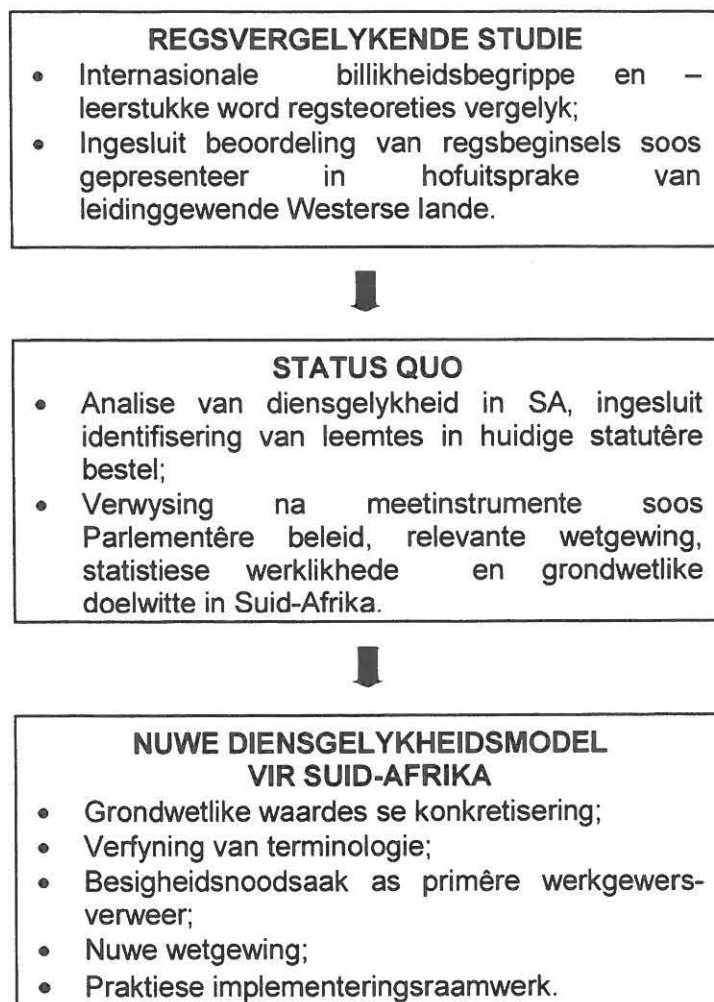
³⁸ Vergelyk De Witt CC, 1993: 271: "The further irony is that not everybody will agree on what is fair and what not, nor will they reach universal agreement on what the *boni mores* dictate in any particular situation, nor will all accept the fact that we live in an imperfect world in the first place." Vergelyk ook soortgelyke sienings deur De Vos W, 1967: 366: "Het is oplaats toch maar een dobelspel".

Afrikaanse bestel geformuleer ten einde regsekerheid rondom diensbillikheid te bring. Voorgestelde wetgewing, sluit in:

- a. 'n konsepwet rakende Rasdiskriminasie;
 - b. 'n konsepwet rakende Geslagsdiskriminasie ; en
 - c. 'n konsepwet rakende Gelyke Betaling.
- (ii) 'n Praktiese toepassingsraamwerk word daargestel vir die implementering van die legitieme billikheidsbeginsels en –leerstukke, soos regsvergelykende ondersoek in hoofstuk 2, en soos verantwoord binne die behoeftes en omstandighede van die Suid-Afrikaanse bestel in hoofstuk 3. In hierdie toepassingsraamwerk word die onderskeie regte en verpligtinge van die werkgewer prakties geïllustreer vir gebruik in die werksplek.

Die onderstaande vloeiagram verskaf gerieflikheidshalwe 'n oorsigtelike uiteensetting van die proefskrif se inhoud.

VLOEIDIAGRAM



HOOFSTUK 2

REGSVERGELYKENDE STUDIE VAN DIENSBILLIKHEID IN LEIDINGGEWENDE WESTERSE REGSTELS

1. INLEIDING

In hierdie hoofstuk word daar regsvergelykend gekyk na diensbillikheid soos geregleer deur leidinggewende Westerse regstelsels. Die gevorderde statutêre maatreëls soos ontwikkel in die Verenigde State van Amerika (VSA), Kanada, Australië en die Verenigde Koninkryk verdien besondere beklemtoning.

In die onderhawige regsvergelykende studie word die generiese aard van diensbillikheid, soos aangetref in die onderskeie regstelsels, ontleed. Die gedetailleerde regulering van die onderskeie vorme van diensbillikheid (bv. ras, geslag, gestremdheid, ens.) word ook krities ondersoek, met die oog op die formulering van 'n diensbillikheidsmodel wat al die onderskeie vorme van diensbillikheid aanspreek. Alhoewel dit nie binne die omvang van hierdie navorsing sorteer om elke vorm van diensdiskriminasie volledig te ontleed nie, word 'n ontleding van die regsbeginsels en –leerstukke, soos aangewend in die implementering van diensbillikheid in al sy vorme, wel noodsaaklik geag. Dienooreenkomstig word die terminologiese uiteensettings van die onderskeie vorme van diensdiskriminasie wel ondersoek aan die hand van regspraak. In die regsvergelykende studie hierbo na verwys, word die volgende bronne gebruik:

- wetgewing en hofuitsprake van leidinggewende Westerse regstelsels;
- internasionale instrumente, soos verdrae en konvensies; en
- gesaghebbende artikels en teksboeke (nasionaal en internasionaal).

Die aard en inhoud van werkgewersverwere in diensdiskriminasie eise word as 'n integrale deel van die regulering van diensbillikheid beskou. Met verwysing na die relevante regsbeginsels en –leerstukke, word werkgewersverwere in diensdiskriminasie eise regsvergelykend ontleed. Daar word gekyk na die ooreenstemmende toepassing van

hierdie regsbeginsels en -leerstukke in die onderskeie regstelsels (met besondere klem op VSA en die Verenigde Koninkryk), en word gemotiveer dat *besigheidsnoodsaak* die kern uitmaak van alle werkgewersverwere.

Aan die hand van bovermelde regsvergelykende studie word 'n internasionaal verantwoordbare diensbillikheidsmodel in hierdie hoofstuk saamgestel. Hierdie diensbillikheidsmodel het ten doel om as omvattende meetinstrument te dien vir die bepaling van tekortkominge in enige diensbillikheidsbestel in 'n betrokke land. Die doel van die beoordeling van 'n bestaande diensbillikheidsbestel is om 'n verbeterde diensbillikheidsmodel in die besondere geval op die tafel te plaas, gegrond op die beginsel van utiliteit.

Meetinstrumente wat relevant is vir die beoordeling van 'n bestaande diensbillikheidsmodel, is die volgende:

- Die bestaan en inhoudelike volledigheid van relevante diensbillikheidswetgewing;
- Doeltreffende toepassing van relevante regsbeginsels;
- Doeltreffende toepassing van relevante regsleerstukke; en
- Eiesoortige omstandighede en behoeftes van die betrokke land.

Aangesien die bydrae in hierdie proefskrif gefokus is op die verbetering van die bestaande diensbillikheidsbestel in Suid-Afrika, sal die toepassing van vermelde meetinstrumente op die Suid-Afrikaanse posisie kardinaal wees. Hoofstuk 3 sal dienooreenkomstig 'n analise van die Suid-Afrikaanse diensbillikheidsbestel verteenwoordig, wat paslik ontleed sal word aan die hand van die omvattende internasionaal verantwoordbare diensbillikheidsmodel, soos uiteengesit in hierdie hoofstuk. Hoofstuk 3 sal (gegee die resultaat van die ontleding gedoen aan die hand van die vermelde meetinstrumente) ook die tekortkominge in die Suid-Afrikaanse diensbillikheidsbestel uiteensit, gegrond op die beginsel van utiliteit vanuit 'n Suid-Afrikaanse perspektief. Voortvloeiend hieruit sal aanbevelings vir korrigerende, binne die konteks van Suid-Afrika se unieke omstandighede en behoeftes, volg.

Hierdie hoofstuk word ingedeel om eerstens die aard en inhoud van diensbillikheid te ontleed. Belangrike begrippe soos "regstellende aksie" en "gelyke vergoeding" word in diepte bespreek, gegee die relevantheid daarvan vir die Suid-Afrikaanse arbeidsbestel.

Hierna word die verweer van “Bona Fide Occupational Qualifications” en Besigheidsnoodsaak in diensdiskriminasie gevalle ontleed, aan die hand van belangrike hofbeslissings. Die hoofstuk word afgesluit met ‘n gekonsolideerde bewysraamwerk vir besigheidsnoodsaak, ten einde universele toepassing te vergemaklik.

2. DIE AARD EN INHOUD VAN DIENSBILLIKHEID

Diensbillikheid, as synde billikheid in die werksplek, betrek myns insiens nie alleen werknemers nie, maar ook applikante en persone wat die diens van ‘n bepaalde werkgewer verlaat het. Indien daar beweer word dat diensbillikheid nie bestaan nie, word diskriminasie in diens beweer. Waar diskriminasie in diens (diensdiskriminasie) beweer word, word daar aan die hand gedoen dat die volgende aspekte (wat in hierdie hoofstuk aangespreek word) beoordeel moet word:

- wat die aard van die diskriminasie is (direk of indirek);
- of werknemers verskillend behandel word op irrelevante gronde¹ (bv. op grond van ras, geslag, gestremdheid, ens.);
- of werknemers verskillend betaal word op irrelevante gronde (bv. op grond van ras, geslag, gestremdheid, ens.); en
- of die diskriminasie geregverdigd is (bv. indien ‘n werkgewersverweer soos besigheidsnoodsaak ter sprake is).

Vervolgens word die definisie van diensbillikheid en die verskillende vorme van diensdiskriminasie ontleed:

2.1. INDIVIDUELE VERALGEMENINGS

Die volgende beskrywing van diskriminasie, soos geformuleer deur *Van Niekerk*, poog om duidelikheid rondom die aard en inhoud van die billikheidsbeginsel te verskaf:

"To discriminate is to fail to treat fellow human beings as individuals. It is to assign them characteristics which are generalised assumptions about groups of people".²

¹ Vgl ook die bespreking op bladsy 151 infra rondom gevalle waar differensiasie gebaseer word op die gronde wat ‘n persoon se waardigheid as mens affekteer en gevalle waar differensiasie nie op sulke gronde gebaseer word nie.

Veralgemenings soos na verwys in bostaande definisie kan dus in bepaalde omstandighede die reg op billikheid aantas, in welke geval die veralgemening as onwettig beskou kan word. Hierdie uitgangspunt word bevestig in die *Internasionale Gelyke Betalingsdirektiewe*³, waar dit as onwettige diskriminasie beskou word indien veralgemenings van 'n groep aan 'n individu gekoppel word en die individu as gevolg daarvan minder gunstig hanteer word as 'n ander persoon wat nie lid is van die betrokke kategorie nie. Veralgemenings wat, ingevolge die *Internasionale Gelyke Betalingsdirektiewe*, nie mag geskied sonder regverdiging in die individuele geval nie, sluit in veralgemenings op grond van sy/haar ras, geslag, gestremdheid, huwelikstatus of ander diskriminasie kategorieë.⁴

Onbillike diskriminasie sal dus plaasvind waar differensiasie tussen of diskriminasie teen werknemers gebaseer word “purely on an immutable personal characteristics such as sex or race”⁵, welke differensiasie geen relevantheid toon met die vermoëns van 'n werknemer om 'n bepaalde werk te doen of die operasionele vereistes van 'n besigheid nie. Die letterknegtelike betekenis van billikheid moet versoenbaar wees met die geregverdigde en utilitaristiese doelwitte van die werkgever. Die werkgever mag individuele kriteria vir beoordeling stel (bv. kwalifikasies of vaardighede), maar mag nie in die toepassing daarvan 'n groepsveralgemening van toepassing maak op 'n individu wat toevallig uit die bepaalde groep kom nie.

Waar 'n vereiste beroepskwalifikasie 'n diskriminerende effek het op 'n werknemer of applikant vanuit 'n beskermde groepering, moet die werkgever dus bewys dat die werklike posisie en vermoëns van die betrokke individu ondersoek is, en dat die minder gunstige behandeling nie voortspruit uit stereotipe veralgemenings van persone uit die betrokke groepering nie. *Bourn* identifiseer in hierdie verband die volgende vier toetse wat indirekte

² Sien Van Niekerk A, 1995: 106. Sien ook *Hurley v Mustoe* [1981] ICR 490 en *Etam pls v Rowan* [1989] IRLR 150 EAT.

³ Sien “Equal Pay Directive 1975 (Council Directive No 75/117)” en “Equal Treatment Directive 1976 (Council Directive No 76/207)”. Sien ook Artikel 110 “Treaty of Rome” 1957 (gelyke betaling vir gelyke werk), “Directive on Equal Treatment in Social Security Matters” 1979 (Council Directive 86/378), “Directive on Equal Treatment in Occupational Social Security Schemes 1986 (Council Directive 86/378)”.

⁴ Sien “Pregnant Workers Directive, (Council Directive 92/85/EEC)” en die “Commission Recommendation on the Protection of the dignity of Men and Women at Work (OJ 1992, L49/1) (sexual harassment)”.

⁵ *Association of Professional Teachers v Minister of Education* 1995 15 ILJ 1048 (IC) 1080-1081A.

Veralgemenings soos na verwys in bostaande definisie kan dus in bepaalde omstandighede die reg op billikheid aantas, in welke geval die veralgemening as onwettig beskou kan word. Hierdie uitgangspunt word bevestig in die *Internasionale Gelyke Betalingsdirektiewe*³, waar dit as onwettige diskriminasie beskou word indien veralgemenings van 'n groep aan 'n individu gekoppel word en die individu as gevolg daarvan minder gunstig hanteer word as 'n ander persoon wat nie lid is van die betrokke kategorie nie. Veralgemenings wat, ingevolge die *Internasionale Gelyke Betalingsdirektiewe*, nie mag geskied sonder regverdiging in die individuele geval nie, sluit in veralgemenings op grond van sy/haar ras, geslag, gestremdheid, huwelikstatus of ander diskriminasie kategorieë.⁴

Onbillike diskriminasie sal dus plaasvind waar differensiasie tussen of diskriminasie teen werknemers gebaseer word "*purely on an immutable personal characteristics such as sex or race*"⁵, welke differensiasie geen relevantheid toon met die vermoëns van 'n werknemer om 'n bepaalde werk te doen of die operasionele vereistes van 'n besigheid nie. Die letterknegtelike betekenis van billikheid moet versoenbaar wees met die geregverdigde en utilitaristiese doelwitte van die werkgever. Die werkgever mag individuele kriteria vir beoordeling stel (bv. kwalifikasies of vaardighede), maar mag nie in die toepassing daarvan 'n groepsveralgemening van toepassing maak op 'n individu wat toevallig uit die bepaalde groep kom nie.

Waar 'n vereiste beroepskwalifikasie 'n diskriminerende effek het op 'n werknemer of applikant vanuit 'n beskermde groepering, moet die werkgever dus bewys dat die werklike posisie en vermoëns van die betrokke individu ondersoek is, en dat die minder gunstige behandeling nie voortspruit uit stereotipe veralgemenings van persone uit die betrokke groepering nie. *Bourn* identifiseer in hierdie verband die volgende vier toetse wat indirekte

² Sien Van Niekerk A, 1995: 106. Sien ook *Hurley v Mustoe* [1981] ICR 490 en *Etam pls v Rowan* [1989] IRLR 150 EAT.

³ Sien "Equal Pay Directive 1975 (Council Directive No 75/117)" en "Equal Treatment Directive 1976 (Council Directive No 76/207)". Sien ook Artikel 110 "Treaty of Rome" 1957 (gelyke betaling vir gelyke werk), "Directive on Equal Treatment in Social Security Matters" 1979 (Council Directive 86/378), "Directive on Equal Treatment in Occupational Social Security Schemes 1986 (Council Directive 86/378)".

⁴ Sien "Pregnant Workers Directive, (Council Directive 92/85/EEC)" en die "Commission Recommendation on the Protection of the dignity of Men and Women at Work (OJ 1992, L49/1) (sexual harassment)".

⁵ *Association of Professional Teachers v Minister of Education* 1995 15 ILJ 1048 (IC) 1080-1081A.

diskriminasie kan identifiseer in die SDA (Sex Discrimination Act 1975) en RRA (Race Relations Act 1976) van die Verenigde Koninkryk:

1. "Has a requirement or condition been applied equally to both sexes or all racial groups?"
2. Is that requirement or condition one with which a considerably smaller number of women (or men) or persons of the racial group in question can comply than those of the opposite sex or persons not of that racial group?
3. Is the requirement or condition justifiable irrespective of the sex, colour, race, nationality, ethnic or national origins of the person in question?
4. Has the imposition of the requirement or condition operated to the detriment of a person who could not comply with it?"⁶

Slegs indien 'n persoon se beantwoording aan die vereiste beroepskwalifikasie feitlik geëvalueer is, kan diensbillikheid deur sodanige beroepskwalifikasie regmatiglik ingeperk word. Hierdie vorm van diensdiskriminasie word diagrammaties uitgebeeld in DIAGRAM 1.⁷

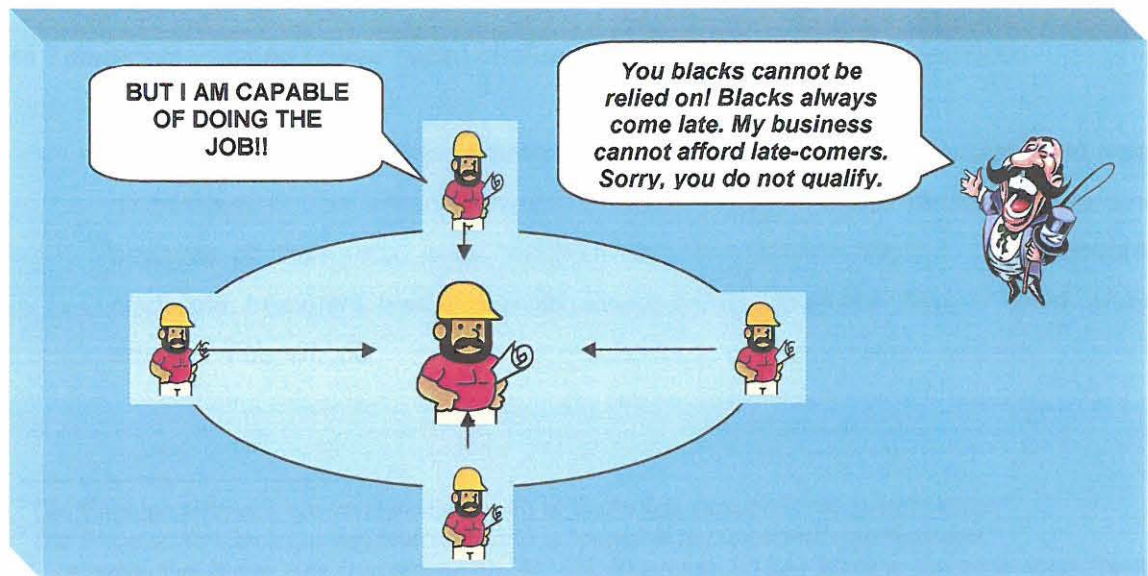


DIAGRAM 1: 'n Voorstelling van diensdiskriminasie deur veralgemening

⁶ Bourn C & Whitmore J, 1989: 35. Sien ook *Alexander v Home Office* [1988] I.R.L.R. 190, C.A. waar die beweerde anti-gesag arrogansie van gekleurdes as 'n veralgemening onbillike inperking van diensbillikheid daargestel het. Sien ook verder *Hurley v Mustoe* [1988] I.R.L.R. 190, C.A. waar die onregmatige veralgemening gemaak is dat vrouens met kinders onbetroubaar is.

⁷ Afbeeldings geneem uit Microsoft Art Clip.

Ten einde bovermelde groepsveralgemenings te verhoed, het die Verenigde State van Amerika die verweer van “*bona fide dienskwaliifikasies*”⁸ en die Verenigde Koninkryk die verweer van “*ware*” *dienskwaliifikasies*⁹ daargestel. Hierdie verwere word later in hierdie hoofstuk omvattend ondersoek, en in hoofstuk 3 vergelyk met die Suid-Afrikaanse verweer van “*inherent vereistes van die werk*”.

2.2. Tipes Diskriminasie

Twee basiese tipes van diskriminasie kan onderskeie word: direk of indirek.¹⁰

2.2.1 Direkte diskriminasie

Van Niekerk definieer direkte diskriminasie soos volg:

*“Direct discrimination occurs where a person is treated less favourably on one or another irrelevant ground.”*¹¹

In *Teamsters v United States*¹² word direkte diskriminasie soos volg gedefinieer:

“Disparate treatment’ [direct discrimination] . . . is the most easily understood type of discrimination. The employer simply treats some people less favorably than others because of their race, color, religion, sex, or national origin. . . . Undoubtedly disparate treatment was the most obvious evil Congress had in mind when it enacted Title VII.’ 55”.

⁸ Die Engelse terminologie van hierdie begrip is “*bona fide occupational qualifications*”.

⁹ Die Engelse terminologie van hierdie begrip is “*genuine occupational qualifications*”.

¹⁰ Vergelyk die Britse *Sex Discrimination Act* (SDA) artikel 1(1)(a) [direkte diskriminasie] teenoor SDA artikel 1(1)(b) [indirekte diskriminasie]. Vergelyk ook die Britse *Race Relations Act* (RRA) artikel 1(1)(a) [direkte diskriminasie] teenoor RRA artikel 1(1)(b) [indirekte diskriminasie].

¹¹ Sien Van Niekerk A, 1995: 106-107. Sien ook *R v Abdurahman* 1950 3 SA 136 A (145) per Centlivres JA waar ten aansien van die standaard vir onbillike diskriminasie bepaal is “*that mere technical inequality of treatment was not per se sufficient to render a regulation unreasonable in its specialised sense; the inequality must be substantial.*” Hierteenoor moet kennis geneem word van die VSA beslissing in *Brown v Board of Education* 347 US 483 (1954) waar beslis is dat “*differentiation, especially racial, is by nature unjust and unreasonable, and that separate facilities are per se unequal*”.

¹² *International Brotherhood of Teamsters v United States*, 431 US 324, 52 L Ed 2d 396, 97 S Ct 1843 (1977)

In die Verenigde Koninkryk bepaal die *Race Relations Act 1976* dat rassediskriminasie verbied word, en word direkte rassediskriminasie soos volg gedefinieer:

“Direct racial discrimination – takes place when a person of one race is treated less favourably on the grounds of race than a person of a different race would be in similar circumstances. Racist abuse and harassment are also forms of direct discrimination”.

‘n Voorbeeld van direkte diskriminasie is byvoorbeeld ‘n teken wat eksplisiet aandui: *“Geen vrouens word toegelaat nie”*. ‘n Verdere voorbeeld sou wees waar ‘n vroulike kandidaat met die beste kwalifikasies en ervaring nie uitgenooi word tot ‘n werksonderhoud nie, maar ‘n manlike applikant met swakker kwalifikasies wel. Direkte diskriminasie kan ook insluit gevalle waar ‘n geskik gekwalifiseerde vroulike werknemer nie oorweeg word vir bevordering nie, maar die pos gebied word aan ‘n swakker gekwalifiseerde manlike werknemer. Die werkgever kan nie argumenteer dat dit nie hulle bedoeling was om te diskrimineer nie, aangesien slegs die *eindeffek* beoordeel word in die vasstelling van direkte diskriminasie.¹³

2.2.2 Indirekte diskriminasie

Indirekte diskriminasie in diens geskied, in ooreenstemming met die bepalings van die Verenigde Koninkryk:

“...where the effect of certain requirements, conditions or practices imposed by an employer has an adverse impact disproportionately on one group or other.”¹⁴

In die Verenigde Koninkryk word die volgende drie faktore deur *“an employment tribunal”* verreken ten einde te bepaal of indirekte diensdiskriminasie bestaan (verwysing na ras en geslag kan vir doeleindes van die definisie ook insluit verwysing na enige ander diskriminasie grond, soos gestremdheid of godsdiens):

- *“The number of people from a racial group or of one sex that can meet the job criteria is considerably smaller than the rest of the population;*

¹³ Vergelyk Compact Law, 2001: 1, <http://www.compactlaw.co.uk/empf29.html>

¹⁴ Vergelyk artikel 1(1)(b) van die *Race Relations Act* in die Verenigde Koninkryk. Vergelyk ook Compactlaw, 2001:1

- *The criteria cannot actually be justified by the employer as a real requirement of the job. So a candidate who cannot meet the criteria could still do the job as well as anyone else;*
- *Because the person cannot comply with these criteria they have actually suffered in some way because of it. This seems obvious but a person cannot complain unless they have lost out in some way.”¹⁵*

Volgens Dupper kom indirekte diskriminasie ter sprake waar 'n oënskynlik neutrale dienspraktyk 'n disproportionele aantal persone uit 'n spesifieke groepering benadeel:

“ Indirect discrimination (or disparate impact) in employment occurs when an employer utilizes an employment practice that is facially neutral but disproportionately affects members of disadvantaged groups, and which cannot be adequately justified”¹⁶

Vergelyk ook Dupper se definisie van indirekte diskriminasie ten opsigte van die daarstelling van 'n spesifieke reël of standard deur die werkgever:

“Adverse effect [indirect] discrimination arises where an employer . . . adopts a rule or standard which is on its face neutral, and which will apply equally to all employees, but which has a discriminatory effect upon a prohibited ground on one employee or group of employees in that it imposes, because of some special characteristics of the employee or group, obligations, penalties, or restrictive conditions not imposed on other members of the work force...The doctrine of indirect discrimination is an American innovation, but has become internationally recognized as a legitimate model of discrimination.”¹⁷

Dit blyk uit bogaande definisie dat indirekte diskriminasie nie noodwendig doelbewus is nie. Sekere diensvoorwaardes kan bloot indirek persone van 'n bepaalde geslag, ras, getroude status, ens. uitsluit.¹⁸ 'n Voorbeeld hiervan sou mynsinsiens wees waar 'n

¹⁵ Sien Compactlaw, 2001:1, <http://www.compactlaw.co.uk/empf29.html>

¹⁶ Dupper O et al, 1999: 782

¹⁷ Dupper O, 2000: 747

¹⁸ Sien bespreking van die konsep van diskriminasie in *Nash v Mash Roe Group Ltd* [1998] IRLR 168 (T). Sien ook *R v Secretary of State for Employment ex parte Seymour-Smith* [1997] 2 All ER 273 en *R v Secretary of State for Employment ex parte EOC* [1995] 1 AC 1.

behuisingstoelaag volgens diensvoorwaardes slegs aan die “broodwinner” in ‘n gesin verskaf word. Alhoewel daar geen beletsel is dat die vrou as broodwinner van ‘n gesin kan fungeer nie, sou die praktyk diskriminerend wees indien die werkgewer outomaties ‘n vroulike werknemer se aansoek om ‘n behuisingstoelaag weier indien die eggenoot van die vroulike werknemer ‘n behuisingstoelaag (by dieselfde werkgewer of by ‘n ander werkgewer) ontvang.

Waar differensiasie in diens dus uitdruklik of by wyse van noodsaaklike implikasie teenwoordig is, sal die gevolglike minder gunstige behandeling as onbillik beskou word. ‘n Werknemer wat sodanige diskriminerende behandeling beweer, hoef nie te bewys dat die werkgewer bedoel het om teen hom of haar te diskrimineer nie. Soos hierbo aangedui, is dit moontlik om gevalle te visualiseer waar die werkgewer geen sodanige motief gehad het nie, maar steeds feitlik gediskrimineer het met gevolglike minder gunstige behandeling.¹⁹ Die kriterium is eenvoudig of daar feitlik enige onderskeid, uitsluiting of voorkeur gemaak word op die gronde van ras, geslag, gestremdheid, kleur, geloof, politieke opinie, sosiale oorsprong, ensovoorts, welke die effek het van uitwissing of inperking van gelykheid of geleentheid of behandeling in diens of okkupasie.²⁰

Indirekte onbillike diskriminasie word aldus daargestel deur ‘n standaard wat gelyk op alle persone van toepassing is, maar:

- (i) die effek het dat die gedeelte van ‘n bepaalde klas van persone (byvoorbeeld vrouens) wat aan die standaard kan voldoen aanmerklik kleiner is as die gedeelte van daardie klas binne die samelewing as ‘n geheel ²¹;
- (ii) die standaard nie bewys kan word regverdigbaar te wees in die omstandighede nie; en

¹⁹ Sien *R v Birmingham City Council ex parte E.O.C.* [1989] IRLR 172 H.L. Sien ook *James v Eastleigh Borough Council* [1990] IRLR 288 waar die differensiasie tussen geslagte in aftree-ouderdom direkte diskriminasie tot gevolg gehad het, ongeag die bedoeling van die werkgewer.

²⁰ Sien ILO Convention 111 of 1958. Sien ook ILO Convention 156 wat vereis dat: “*all measures compatible with national conditions and possibilities shall be taken to enable workers with family responsibilities to exercise their right to free choice of employment, and that family responsibilities shall not constitute a valid reason for termination of employment.*”

²¹ Sien ook *Collins v Volkskas Bank (Westonaria Branch) a division of ABSA Bank Ltd* (1994) 5 (9) SALLR 34 (IC) waar beslis is per Marcus AM dat indirekte diskriminasie in internasionale jurisdiksies soos die VSA en Verenigde Koninkryk, verwys na arbeidspraktyke wat billik in formaat is, maar diskriminerend in effek.

- (iii) opereer tot die klaer se nadeel, aangesien hy of sy nie daaraan kan voldoen nie.²²

In navolging van die uitspraak in die Amerikaanse sleutelbeslissing van *Griggs v. Duke Power Company* (welke geanaliseer word in hierdie hoofstuk), het die “*National Union of Metalworkers in South Africa*” (NUMSA) in 1992 ‘n dokument geproduseer getiteld “*The Code of Practice to End Unfair Discrimination in Employment Practices*”. Artikel 2.2 van die vermelde Kode gee ‘n praktiese uiteensetting van indirekte diskriminasie:

- "2.2 Indirect discrimination' shall mean any practice or procedure which in its operation tends to exclude, or impact adversely on, more persons of one sex or race than another in particular:*
- (a) *the imposition by any employer of a requirement or condition which although it applies to all persons:*
- (i) *is such that the proportion of people of one race or sex who an comply with it is considerably smaller than the proportion in another; and*
- (ii) *the employer cannot show that this is justifiable on grounds other than sex or race; and*
- (iii) *it is to the detriment of the person affected because he or she cannot comply with it.*
- (b) *Segregation on the basis of race shall be deemed to be unfair discrimination.*
- (c) *The doctrine of 'separate but equal' is categorically rejected as it is inherently unequal and discriminatory. It can never serve to justify segregation on the basis of race alone".*

Alhoewel bovermelde Kode slegs van toepassing is op diskriminasie op die basis van ras en geslag, word voorgestel dat die bepalinge daarvan ook van toepassing gemaak kan word op ander gronde van diskriminasie, tensy paslike werkgewersverwere die regverdiging vir die betrokke diskriminasie kan aantoon.

²² Sien Basson D, 1995: 23. Sien ook soortgelyke bespreking in Van Niekerk A, 1995: 107.

2.2.3 Viktimisasie

Bykomend tot die twee tipes diskriminasie (direk en indirek) hierbo uiteengesit, moet viktimisasie as 'n addisionele uitgekristalliseerde vorm van diskriminasie verreken word.²³ Viktimisasie kan gedefinieer word as teistering, op grond van ras, geslag, ouderdom, gestremdheid of enige ander diskriminasie grond, waaraan ander persone in dieselfde omstandighede nie blootgestel is nie.²⁴

Seksuele teistering, as een van die vorme van viktimisasie, kan gedefinieer word as onwelkome fisiese, verbale of nie-verbale gedrag van 'n seksuele aard, welke die waardigheid van die geteisterde persoon by die werk aantast, of 'n negatiewe omgewing vir die persoon skep. Sodanige teistering word vererger deur 'n element van dwang of misbruik van mag aan die kant van die teisterende werkgewer.²⁵ In *Mampuru v PUTCO*²⁶ is beslis dat verbale sowel as fisiese miskenning van die gevoelens en integriteit van die ontvanger seksuele teistering kan daarstel. Bykomend hiertoe word deur Reddi beweer dat seksuele teistering ook die effek het om 'n persoon se werksprestasie in te kort, en 'n werknemer se werksekeriteit te bedreig.²⁷ Die onbillike impak van seksuele teistering word sinvol beskryf deur Rubenstein:

*"[the] consistent results suggest that sexual harassment at work is a problem of great magnitude. It is not a problem confined to a few 'over-sensitive' women or 'over-friendly' men. Nor can it be seen outside the confines of the position of women in employment generally. On the contrary, there is every reason to believe that sexual harassment is closely interrelated with women's disadvantaged status at work."*²⁸

²³ Vergelyk Basson AC, 1999: 243

²⁴ Sien *CFJ v M Ltd* (1989) 10 ILJ 755 (IC); Sien ook bespreking hiervan deur Rubenstein M, 1992: 11, en soortgelyke sentimente deur Dancaister L, 1991: 449.

²⁵ Sien *Pick 'n Pay and Individual* (1994) 3 ARB 136 141.

²⁶ *Mampuru v PUTCO* (case IC 11/2/2136). Sien ook soortgelyke kommentaar gemaak in *J v M Ltd* 1989 10 ILJ 755 (IC) 757E-J waar die hof opmerk dat "...[I]n its narrowest form sexual harassment occurs when a women (or a man) is expected to engage in sexual activity in order to obtain or keep employment or obtain promotion or other favourable working conditions. In its wider view it is, however, any unwanted sexual behaviour or comment which has a negative effect on the recipient... Sexual harassment, depending on the form it takes, will violate that right to integrity of body and personality which belongs to every person and which is protected in our legal system both criminally and civilly."

²⁷ Reddi M, 1994: 109

²⁸ Rubenstein, 1993: 2

'n Ander voorbeeld van viktimisasie is waar 'n werknemer uitgesonder word vir die gebruik van die werksplek se grieweprosedure of vir die uitoefening van sy/haar wetlike regte. Dit sou onbillik wees om teen 'n werknemer te diskrimineer wat 'n grief van diskriminasie sou lê of getuienis sou gee in 'n diskriminasie ondersoek. Hierdie handeling sal dan ook effektief viktimisasie daarstel.

Die onderskeid tussen viktimisasie, direkte en indirekte diskriminasie word uitgebeeld in DIAGRAM 2:

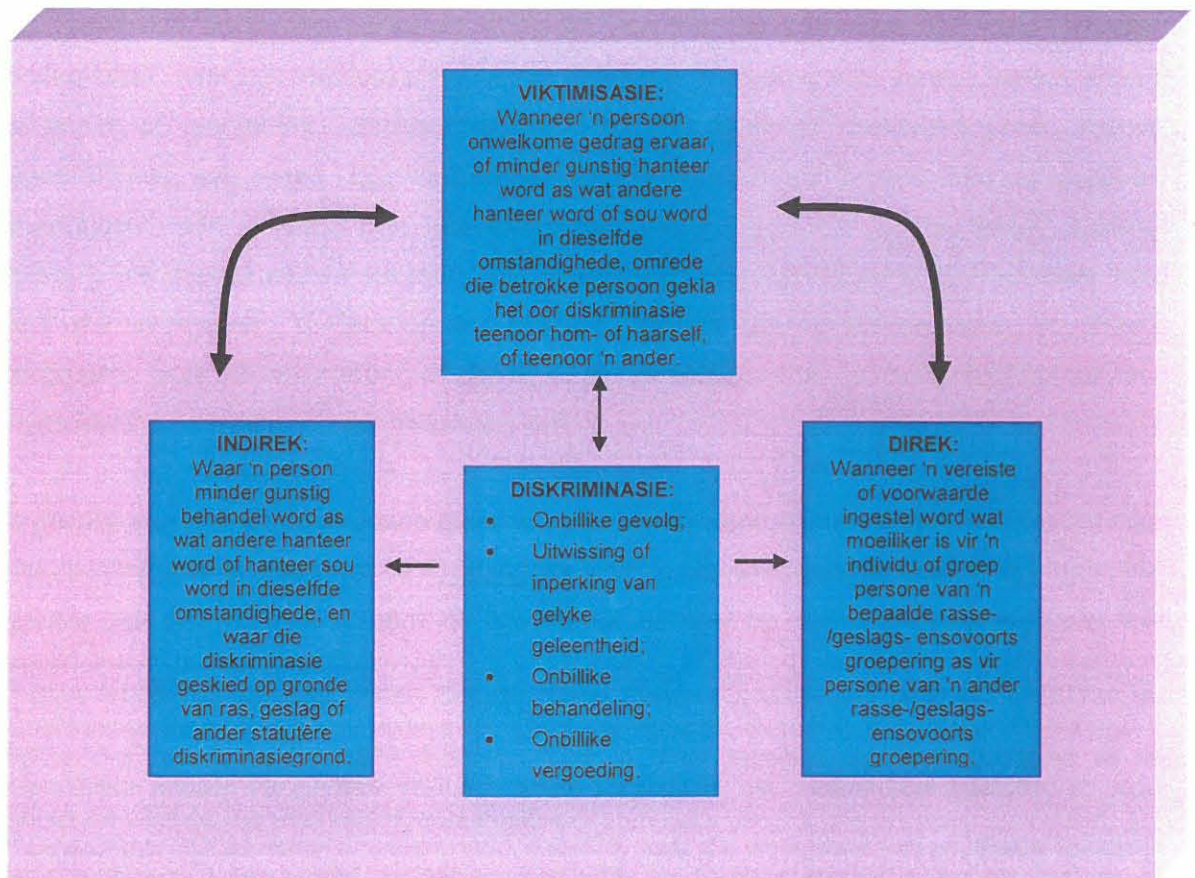


DIAGRAM 2: Onderskeid tussen viktimisasie, direkte en indirekte diskriminasie

2.3. DISKRIMINERENDE KRITERIA

Alhoewel 'n bepaalde handeling dus nie noodwendig op sigwaarde diskriminerend blyk te wees nie, kan die benadelende effek daarvan wel diskriminasie daarstel. 'n Werkgewer kan

skuldig wees aan indirekte diskriminasie indien die gebruik van oënskynlik neutrale kriteria 'n beduidende ongunstige impak op 'n bepaalde groep het, terwyl die kriteria nie voldoende relevant tot die werksplek behoefte is ten einde die impak te regverdig nie.²⁹ Voorbeelde van sodanige kriteria is opvoedkundige kwalifikasies³⁰ en fisiese karaktereienskappe (soos byvoorbeeld lengte)³¹ in situasies waar die werkgewer nie in staat is om die vereiste standaard te regverdig nie. Sorg moet dus gedra word dat toetse nie indirek applikante selekteer in ooreenstemming met die bestaande karakter in die werksmag eerder as om hulle te toets ten aansien van die behoeftes van die werk nie.

Op grond van bogaande argument word dit aan die hand gedoen dat toetse rondom "kollegialiteit" (wat byvoorbeeld die dra van bepaalde kleredrag sou vereis), asook kriteria gebaseer op senioriteit, dienstermyn, en voltydse werk of deeltydse werk, moeilik regverdigbaar sou wees. Die toepassing van laasgenoemde kriteria kan byvoorbeeld diskrimineer teen vrouens met gesinsverantwoordelikhede.³² Dit is soortgelyk laakbaar indien 'n werknemer wat verset toon teen enige vorm van diskriminasie geviktimizeer word deur die werkgewer. 'n Persoon wat kla van ras- of geslagsdiskriminasie, en daarna oorgeslaan word vir bevordering omdat hy of sy beskou word as 'n 'moeilikheidmaker', sou myns insiens neerkom op viktimisasie.

In gevalle van beweerde indirekte diskriminasie kan 'n werkgewer ook argumenteer dat daar wel diskriminasie is, maar dat dit noodsaaklik is vir doeleindes van die werk.³³ In hierdie tipe gevalle sal die werkgewer hom of haar moet beroep op die werkgewersverweer van

²⁹ Sien Artikel 703 van Titel VII en *Griggs v Duke Power Company* 401 U.S. 424 (1971) vir die Amerikaanse terminologie wat verwys na "disparate impact". Sien ook Ashenfelder O & Rees A, 1973a: 3-33 en Arrow KJ, 1972: Hoofstuk 2 vir 'n meer tegniese argument gebaseer op die ekonomiese konsep van "nonconvexities", welke segregasie van werknemers impliseer en aldus indirek die uitskakeling van diskriminasie hanteer.

³⁰ Sien *Griggs v Duke Power Company* *infra*; 431-436, waar die werkgewer van applikante vereis het om 'n hoër skool diploma te hê. Aangesien slegs 12% van die swart applikante teenoor 34% van die blanke applikante gekwalifiseer het, kon die werkgewer nie die standaard regverdig nie.

³¹ Sien *Dothard v Rawlinson* 433 US 321 (1977) waar die vereiste dat tronkwagte ten minste 5'2" moet wees, ongeveer 33% Amerikaanse vrouens uitgesluit het teenoor slegs 1% Amerikaanse mans. Die vereiste was ook nie voldoende relevant tot die behoeftes van die werkgewer nie.

³² Sien *R v Secretary of State for Employment ex parte Equal Opportunities Commission* [1993] IRLR 19 (HL) waar aangedui is dat die vereiste van spesifieke diensperiodes ten einde te kwalifiseer vir diensvoordele, neerkom op indirekte diskriminasie teen vrouens wat hoofsaaklik deeltydse werknemers was. Sien ook *Rinner-Kuhn v FWW Spezial Gebäudereinigung* [1993] 2 cmlr 932; 1995 4 Icd 378, waar die "European Court of Justice" beslis het dat staatswetgewing wat swakker voordele aan deeltydse werkers teenoor voltydse werkers verleen verbreking van artikel 119 van die "European Treaty" daarstel op die grond dat dit indirek diskriminerend was teen vrouens.

³³ Byvoorbeeld waar geslag 'n *genuine occupational qualification* is in die aanstelling van slegs dames in 'n vroulike koshuis.

"genuine occupational qualification" (soos aangetref in die Verenigde Koninkryk), wat ooreenstem met die verweer ten opsigte van die *"bona fide occupational qualifications"* soos aangetref in die Verenigde State van Amerika.

In die toepassing van billikheidskriteria en neutrale standaarde, is dit egter vanuit 'n utilitaristiese oogpunt nie so eenvoudig om 'n objektiewe kriterium neer te lê nie. Ingevolge die *boni mores* leerstuk behoort optrede bloot aan die "algemene goeie" te voldoen, en is hierdie kriterium besonder vaag. Die utilitaristiese uitgangspunt in hierdie proefskrif noodsaak die meting van die handeling (of late) aan 'n gebruiksnut wat groter geluksaligheid sal bevorder. In die proses om die billikheidskriteria te bepaal, volg dit ook noodwendig dat 'n subjektiewe beoordeling dikwels inhoud aan hierdie billikheidskriteria moet gee – vandaar die rol van die regbank of gelykheidstribunale. Faktore wat egter noodsaaklik is om hier te verreken, en wat waarskynlik regulering by wyse van wetgewing sal noodsaak, is die betrokke omstandighede en behoeftes van 'n besondere land. Indien hierdie faktore nie paslik verreken word nie, sal billikheid in die ware sin van die woord nie realiseer nie, en sal daar volstaan word met 'n geformaliseerde maar onverantwoordbare beginsel van billikheid in die werksplek. Die inhoudelike van die billikheidskriteria moet naamlik die werklike sosiale en ekonomiese dispariteite tussen persone en groepe persone in ag neem. Indien hierdie dispariteite nie ook verreken word nie, sal dit tot gevolg hê dat die neutrale standaarde van beoordeling in werklikheid 'n subjektiewe verwysingsraamwerk van 'n spesifieke (dikwels 'n sosiaal bevoorregte) groepering daarstel.³⁴

Ten einde behoorlik gesubstansieerde inhoud te kan gee aan diensbillikheidskriteria soos hierbo na verwys, moet 'n ondersoek gedoen word van die konteks waarbinne sosiale en ekonomiese ongelykhede plaasvind. Sodanige ondersoek kan sistemiese en groepsgebaseerde ongelykhede na vore bring, welke in ag geneem moet word in die formulering van regsbenaderinge tot diensbillikheid. Hierdeur kan dit blyk dat gelyke behandeling van persone of groepe wat verskillend is bestaande ongelykhede kan bekragtig. Verskillende tipes behandelinge (soos regstellende aksie maatreëls), welke vertolk kan word as direkte diskriminasie, is dus soms dus nodig ten einde substantiewe gelykheid te bereik.³⁵

³⁴ Sien *Brink v Kitshoff* 1996 6 BCLR 752 (CC) 796D-G. Sien ook Albertyn en Kentridge, 1994: 152.

³⁵ Die feit dat manlike werknemers nie vier maande kraamverlof ontvang nie, kan byvoorbeeld as geregverdigde direkte diskriminasie deur die werkgever beskou word. Sien *Du Plessis v de Klerk* 1996 5 BCLR 658 (CC) per Kentridge AJ par 45. Sien ook Fredman S, 1992: 120-123.

“genuine occupational qualification” (soos aangetref in die Verenigde Koninkryk), wat ooreenstem met die verweer ten opsigte van die *“bona fide occupational qualifications”* soos aangetref in die Verenigde State van Amerika.

In die toepassing van billikheidskriteria en neutrale standaarde, is dit egter vanuit ‘n utilitaristiese oogpunt nie so eenvoudig om ‘n objektiewe kriterium neer te lê nie. Ingevolge die *boni mores* leerstuk behoort optrede bloot aan die “algemene goeie” te voldoen, en is hierdie kriterium besonder vaag. Die utilitaristiese uitgangspunt in hierdie proefskrif noodsaak die meting van die handeling (of late) aan ‘n gebruiksnut wat groter geluksaligheid sal bevorder. In die proses om die billikheidskriteria te bepaal, volg dit ook noodwendig dat ‘n subjektiewe beoordeling dikwels inhoud aan hierdie billikheidskriteria moet gee – vandaar die rol van die regbank of gelykheidstribunale. Faktore wat egter noodsaaklik is om hier te verreken, en wat waarskynlik regulering by wyse van wetgewing sal noodsaak, is die betrokke omstandighede en behoeftes van ‘n besondere land. Indien hierdie faktore nie paslik verreken word nie, sal billikheid in die ware sin van die woord nie realiseer nie, en sal daar volstaan word met ‘n geformaliseerde maar onverantwoordbare beginsel van billikheid in die werksplek. Die inhoudelike van die billikheidskriteria moet naamlik die werklike sosiale en ekonomiese dispariteite tussen persone en groepe persone in ag neem. Indien hierdie dispariteite nie ook verreken word nie, sal dit tot gevolg hê dat die neutrale standaarde van beoordeling in werklikheid ‘n subjektiewe verwysingsraamwerk van ‘n spesifieke (dikwels ‘n sosiaal bevoorregte) groepering daarstel.³⁴

Ten einde behoorlik gesubstansieerde inhoud te kan gee aan diensbillikheidskriteria soos hierbo na verwys, moet ‘n ondersoek gedoen word van die konteks waarbinne sosiale en ekonomiese ongelykhede plaasvind. Sodanige ondersoek kan sistemiese en groepsgebaseerde ongelykhede na vore bring, welke in ag geneem moet word in die formulering van regsbenaderinge tot diensbillikheid. Hierdeur kan dit blyk dat gelyke behandeling van persone of groepe wat verskillend is bestaande ongelykhede kan bekragtig. Verskillende tipe behandelinge (soos regstellende aksie maatreëls), welke vertolk kan word as direkte diskriminasie, is dus soms dus nodig ten einde substantiewe gelykheid te bereik.³⁵

³⁴ Sien *Brink v Kitshoff* 1996 6 BCLR 752 (CC) 796D-G. Sien ook Albertyn en Kentridge, 1994: 152.

³⁵ Die feit dat manlike werknemers nie vier maande kraamverlof ontvang nie, kan byvoorbeeld as geregverdigde direkte diskriminasie deur die werkgewer beskou word. Sien *Du Plessis v de Klerk* 1996 5 BCLR 658 (CC) per Kentridge AJ par 45. Sien ook Fredman S, 1992: 120-123.

'n Studie van die relevante Kanadese regsbeginsels bring ook insig in die toepassing van billikheidskriteria. In *Andrews v. Law Society of British Columbia* ³⁶ word 'n naamlik 'n doelmatige, teenoor 'n formele, interpretasie van artikel 15 (die Kanadese gelykheidsklausule) gevolg. *McIntyre J* voer hier aan dat die interpretasie van die gelykheidsklausule gepaard moet gaan met 'n waardering en begrip van die sosiale en historiese doel tot die artikel.³⁷ *Freeman* brei die konsep van substantiewe gelykheid verder uit deur te suggereer dat 'n interpretasie van (geslags)gelykheid onder die Kanadese Handves van Regte en Vryhede gebaseer moet word op 'n konsep van gelykheid waarvolgens die samelewing mans en vrouens as gelyke en volwasse vennote beskou.³⁸

Hierdie aangeleentheid word in groter diepte bespreek in hoofstuk 3, waar die Suid-Afrikaanse posisie ontleed word.

2.4. SISTEMIESE STRUIKELBLOKKE ³⁹

Die daadwerklike uitvoering van die beginsels van utilitarisme (soos uiteengesit in Hoofstuk 1), vereis egter meer as die blote uitskakeling van ongeregverdigde groepsveralgemenings in die werksplek. Die utilitaristiese benadering impliseer ook die daarstelling van 'n diverse werksmag, wat in verhouding met die gemeenskap verteenwoordigend moet wees van alle persone in die samelewing, met die voortvloeiende versekering van geluksaligheid vir die grootste aantal persone.

Ten einde in hierdie doel te kan slaag, moet die proses tot uitskakeling van ongeregverdigde groepsveralgemenings gepaard gaan met 'n indringende ondersoek na die identifisering van struikelblokke in die werksplek, wat direk of indirek verhinder dat individue afkomstig uit sekere groeperinge:

- aangestel word in die werksplek, of
- opgang maak in die werksplek na aanstelling.

³⁶ 1989 1 SCR 143, 56 DLR 4TH1, 10 CHRR D/5719.

³⁷ Sien ook bespreking deur Freeman, 1990: 1418-1430.

³⁸ Sien Freeman, 1989: 110-138.

³⁹ Die Engelse terminologie van hierdie begrip is "systemic barriers".

Hierdie indringende ondersoek word in Kanada soos gevolg geformuleer:

“An action-oriented approach that identifies underrepresentation or concentration of, and employment barriers to, certain groups of people, and provides a number of practical and creative remedies.”⁴⁰

Ten einde diensbillikheid met sy volle impak dus te kan begryp, moet alle sistemiese struikelblokke tot diensgeleenthede wat vroue, persone met gestremdhede en ander voorheen benadeelde groeperinge nadelig affekteer, geïdentifiseer en verwyder word. *Lindemann* dui tereg aan dat hierdie sistemiese struikelblokke nie noodwendig die gevolg is van diskriminerende bedoelinge deur die werkgewer nie, maar dat daar objektief gekyk moet word na die subjektiewe ervaring deur 'n werknemer van 'n bepaalde praktyk, handeling of versuim in die werksplek.⁴¹

Die vraag is vervolgens – wat is *sistemiese struikelblokke* presies?

Sistemiese struikelblokke kan vertolk word as enige beleid, prosedure, regulasie, reël, praktyk, handeling of versuim in die werksplek wat die gevolg het dat persone vanuit bepaalde voorheen benadeelde groeperinge (bv. vrouens, swart persone en persone met gestremdhede) benadeel word.⁴²

Ten einde vermelde sistemiese struikelblokke te kan identifiseer, het die Verenigde State van Amerika (VSA) billikheidsbeginsels en -metodes ontwerp ten einde die identifiseringsproses te vergemaklik. Hierdie billikheidsbeginsels sluit in die volgende:

- “spesiale maatreëls en redelike akkommodasie”,
- “doelwitte en tydtafels”⁴³, en

⁴⁰ Employment and Immigration Department Canada, 1998:2. 'n Soortgelyke interpretasie word gevind in *Lindemann B & Kadue D*, 1993: 35, waar die verantwoordelikheid van die werkgewer in diskriminerende toesighouersoptrede as allesomvattend beskou word, ongeag bewustheid van die toesighouer se diskriminerende bedoelinge en die bevoegdheid al dan nie van die toesighouer om te diskrimineer. Sien ook EEOC Riglyne, artikel 1604.11(d) en *Horn v Duke Homex*, 755 F.2d 599, 37 FEP Cases 228 (7th Circular 1985) 34-35, 87, 230.

⁴¹ Vergelyk ook *Lindemann B & Kadue D*, 1993: 55.

⁴² Sien Employment and Immigration Department Canada, 1998: 6-7 vir die Kanadese perspektief van “Systemic barriers” as 'n vorm van indirekte diskriminasie.

⁴³ Die Engelse terminologie van hierdie sleutelbegrip is “Goals and Timetables.” Tydtafels, as deel van 'n antidiskriminerende program moet nie verwar word met kwotas, wat as direkte diskriminasie

- 'n "verteenwoordigende werksmag" ondersoek.⁴⁴

Gemelde billikheidsbeginsels word vervleg aangewend in die identifisering van die bestaan van sistemiese struikelblokke in die werksplek. Waar 'n pos in die verlede gereserveer was vir 'n bepaalde groepering, moet spesiale maatreëls byvoorbeeld ingestel word ten einde persone vanuit ander groeperinge te kan akkommodeer. Sekere doelwitte kan daargestel word om te verseker dat hierdie wysiging in die werksprofiel realiseer, en is die werksmag eers werklik verteenwoordigend indien die verhouding tussen groeperinge in die werksplek (bv. ten opsigte van ras, geslag en gestremdheid) persentasiegewys ooreenstem met die beskikbare poel van applikante in die onderskeie groeperinge in die werksmag.

Die identifisering van sistemiese struikelblokke is egter nie altyd so eenvoudig nie. Werkgewers is gewoonlik slegs bewus van direkte, bewustelike diskriminasie.⁴⁵ Volgens *Newman* word sistemiese struikelblokke egter meestal aangetref by indirekte diskriminasie praktyke.⁴⁶ Die institusionele reëls, prosedures en selfs fasiliteite kan naamlik sistemiese struikelblokke bevat deurdat individue ontmoedig word omdat hulle lede is van 'n bepaalde groepering. Sistemiese struikelblokke kan ook vergestaltung vind in gevestigde dienspraktyke, waar 'n werkgever standaard wyses daargestel het om spesifieke personeelaksies uit te voer. Dienssisteme soos rekrutering, aanstelling, opleiding, ontwikkeling, bevordering, posklassifikasie, salarislakke, dissipline en beëindiging van diens kan hier ter sprake kom.⁴⁷

Die vraag is vervolgens – in watter dienspraktyke word sistemiese struikelblokke meestal aangetref, en watter groeperinge ervaar hierdie sistemiese struikelblokke negatief? In hierdie verband onderskei *Bacchi*⁴⁸ tussen konseptuele kategorieë van aanspreeklikheid

beskou kan word nie. Sien Bloch F, 1994:121 waar verlaagde produktiwiteit as 'n noodwendige gevolg van kwotas uitgespel word, asook Leonard JS, 1984:145-174 waar die die impak van 'n veranderde demografie op produktiwiteit kousaal verbind word tot die gebruik van kwotas in antidiskriminasie programme.

⁴⁴ Die Engelse terminologie van hierdie sleutelbegrippe is "systemic barriers in employment practices", "special measures and reasonable accommodation", "goals and timetables", en "representative workforce".

⁴⁵ Byvoorbeeld om vroue slegs as sekretaresses aan te stel.

⁴⁶ Newman JM, 1978: 15023-15024. Sien ook Employment and Immigration Department Canada, 1998: 6-7.

⁴⁷ Sien ook die bespreking van "targeted recruitment" deur Bloch F, 1994: 68, en die empiriese analise van diskriminerende rekruteringspraktyke onder Amerikaanse federale kontrakteurs deur Newman JM, 1978: 15023.

⁴⁸ Bacchi CL, 1996:2

en identiteitskategorieë in die identifisering van sistemiese struikelblokke. Onder eersgenoemde sorteer aspekte soos:

- 'gelyke geleenthede',
- 'voorkeurbehandeling in aanstelling of bevordering' en
- 'omgekeerde diskriminasie'.

Onder identiteitskategorieë sorteer groeperinge soos:

- 'vroue',
- 'gestremde persone', of
- 'persone uit 'n bepaalde rassegroepering'.⁴⁹

Bykomend hiertoe word die skep van 'n werksklimaat van verdraagsaamheid as soortgelyk noodsaaklik bestempel deur Thom, Visekanselier van "The University of New England", ten einde sistemiese struikelblokke uit die weg te ruim:

*"..[g]oal is to create a working environment which encourages high quality performance by all staff through exemplary employment practices. It is imperative that such employment practices embrace the principles of equal employment opportunity and anti-discrimination in the workplace."*⁵⁰

Ten einde sistemiese struikelblokke uit die weg te ruim, moet redelike akkommodasie geskied. Redelike akkommodasie word in Kanada beskou as die wyse waarop sistemiese struikelblokke verhinder en billikheid in die werksplek verseker kan word.⁵¹ Die beginsel van redelike akkommodasie vir persone vanuit voorheen benadeelde groeperinge kan egter finansiële en ander implikasies vir 'n werkgewer inhou (bv. die bou van spesiale loopgange vir persone met gestremdhede), en is die vraag vervolgens tot watter mate hierdie "redelike

⁴⁹ Sien ook Phelps ES 1972: 659-661 waar die aanname dat swart persone minder produktief as blanke persone is, uitkristalliseer as effektiewe identiteitsdiskriminasie. Hierdie verskynsel word matematies in die literatuur geskoei op statistiese diskriminasie, soos uitgestip deur Aigner DJ en Cain GG, 1977:175-187. Sien ook Borjas GJ en Goldberg MS, 1978: 918-922, Goldberg MS, 1982: 307-319, en Lundberg SJ en Startz R, 1983: 340-347.

⁵⁰ Thom B, 1996: 1

⁵¹ Sien *Gordon v State Farm Life Ins. Co.*, 203 A.2d 320 (Pa. 1964); *Jackson v United States Pipe Line Co.*, 191 A. 165 (Pa. 1937); Pennsylvania Bar Inst., Pennsylvania Suggested Standard Jury Instructions (Civil), para. 5.31 (1984).

akkommodasie” moet plaasvind. In Kanada word redelike akkommodasie gereguleer deur die beperkingslimiet van “buitensporige ongerief”.⁵² Indien die “redelike akkommodasie” wat die werkgewer moet maak ten einde sistemiese struikelblokke uit die weg te ruim of te verminder, sodanig is dat dit “buitensporige ongerief” vir die werkgewer sal meebring, kan die werkgewer aanvoer dat hy of sy nie die sistemiese struikelblok ten volle kan aanspreek nie. Hierdie verweer kan, afhangende die meriete van die saak, geopper word met verwysing na:

- die noodsaaklikheid om die bepalinge van kollektiewe ooreenkomste na te kom,
- die behoefte van die werkgewer om neutraal te bly,
- die nadelige effek op ander werknemers, asook
- die kwese van vermyding van buitensporige koste.⁵³

In Amerika word getuienis rondom “buitensporige ongerief” gewoonlik deur ‘n deskundige getuie gelewer, maar het die opinie van ‘n deskundige slegs waarde indien die feite waarop die opinie gebaseer word, aanvaar is deur die hof.⁵⁴ Ten einde feitlik te bepaal of redelike akkommodasie, soos versoek deur die werknemer of aansoeker, buitensporige ongerief sou veroorsaak, moet die werkgewer volgens *Perritt* aandui dat die akkommodasie aansienlike onkoste, ongerief, teenspoed, moeilikheid, ontbering of swaarkry vir die werkgewer sou vereis in die lig van die volgende feitelike omstandighede:

- “(i) *the overall financial resources of the Defendant;*
- (ii) *the number of persons employed by the Defendant;*
- (iii) *the effect on expenses and resources, or the impact otherwise of such accommodation upon the Defendant's operations;*

⁵² Sien *Perritt* HH Jr, 1993: Section 10.4 en die “Americans with Disabilities Act “ (ADA) 42 U.S.C.(Supp. 1990). In Kanada het die menseregte tribunale werkgewers onder ‘n verpligting geplaas om ‘n graad van buigsaamheid te demonstree ten einde te voldoen aan die redelike behoeftes van werknemers. Voldoening aan hierdie behoeftes van werknemers is nie beskou as “buitensporige ongerief” nie. Sien Employment and Immigration Department Canada, 1998:8.

⁵³ Employment and Immigration Department Canada, 1998:8

⁵⁴ Sien *U.S. Equal Employment opportunity Commission and Charles H. Wessel v AIC Security Investigations LTD, Civil Action No. 92 C 7330* waarin aangevoer is dat die verweer van “buitensporige ongerief”, gebaseer op die argument dat die redelike akkommodasie van Wessel se gestremdheid buitensporige ongerief tot gevolg sou hê vir die werkgewer, nie ter sake is nie waar Wessel wel die essensiële funksies van sy werk kan verrig sonder enige akkommodasie. Sien ook *Overton v Reilly*, 977 F.2d 1190 (7th Cir. 1992) waar die “Seventh Circuit” opgemerk het dat ‘n bevinding van gestremdheid “may be relevant evidence of the severity of [plaintiff’s] handicap, but it can hardly be construed as a judgment that [plaintiff] could not do his job...” Id. At 1196.

- (iv) *the nature and cost of the accommodation needed by the Defendant; and*
- (v) *the type of operation of the covered entity, including the composition, structure, and functions of the Defendant's workforce."*⁵⁵

2.5. MINDER GUNSTIGE BEHANDELING⁵⁶

Die konteks en inhoudelike van diensdiskriminasie is hierbo uiteengesit. In die onderhawige paragraaf word vervolgens ondersoek ingestel rondom wanneer diensdiskriminasie wettig (geregverdigd) sal wees, en wanneer diensdiskriminasie onwettig (ongeregverdigd) sal wees. Die uitgangspunt is dat geregverdigde diensdiskriminasie nie verbied word nie, en dat geregverdigde diensdiskriminasie as aanvaarbaar beskou moet word. Die uitgangspunt is verder dat waar "minder gunstige behandeling" nie teenwoordig is nie, die diensdiskriminasie geregverdigd sal wees.

Die aanwending van regsbeginsels soos "minder gunstige behandeling" staan dus sentraal in die daarstel van 'n *prima facie* saak van geregverdigde diensdiskriminasie, en is nadere ondersoek van hierdie beginsel noodsaaklik. Verder kan 'n werkgewer ook aanvoer dat alhoewel daar "minder gunstige behandeling was" daar geen "benadeling" vir die betrokke werknemer was nie, en dat die diskriminasie gevolglik geregverdigd is. Die beginsel van "minder gunstige behandeling" en "benadeling" word vervolgens regsvergelijkend ondersoek.

In die Verenigde Koninkryk word diskriminasie verbied of beperk met verwysing na die bestaan en/of aard van minder gunstige behandeling. *Bourn* dui tereg aan dat minder gunstige behandeling gewoonlik geassosieer word met 'n vernouing van geleentheid en 'n inperking van keusevryheid, welke gewoonlik ervaar word as "benadeling." Hierdie "benadeling" word dan vertolk as aanduidend van onwettige diskriminasie, terwyl die afwesigheid van "benadeling" vertolk word as aanduidend van wettige diskriminasie.⁵⁷

⁵⁵ Perrit HH Jr, 1993: Section 8.24

⁵⁶ Die Engelse terminologie is "less favourable treatment".

⁵⁷ Die Engelse terminologie vir "benadeling" is "detriment". Sien Bourn C & Whitmore J, 1989: 26. Sien ook S.D.A. 1975 artikel 5(3) en R.R.A. 1976 artikel 3(4.) waarin vereis word dat enige vergelyking tussen persone van verskillende geslagte, maritale status of rassegroep sodanig moet wees dat die relevante omstandighede in die een geval ook dieselfde, of nie wesenlik verskillend nie, is as in die ander geval.

Regter *Brightman* verklaar die beginsel van onwettige diskriminasie soos volg:

*"I do not say that the mere deprivation of choice for one sex, or some differentiation in their treatment, is necessarily unlawful discrimination. The deprivation of choice, or differentiation, must be associated with a detriment. It is possible to imagine a case where one sex has a choice but the other does not, yet there is nevertheless no detriment to the latter sex and therefore no unlawful discrimination."*⁵⁸

Dit is belangrik om die toepassing van die regsbeginsel van "minder gunstige behandeling" by wyse van praktyksvoorbeelde te illustreer:

1. *Andrew se skooljuffrou reël 'n kampeer uitstappie waar die kinders sal oornag in die veld. Andrew word meegedeel dat hy nie kan gaan nie, aangesien hy epilepsie kry en medikasie in die nag moet gebruik.*

Daar word teen Andrew gediskrimineer omdat hy epilepsie kry. Hy word minder gunstig behandel as ander skoliere wat wel toegelaat word om op die kamp te gaan.

2. *Peter en Andries is deel van 'n veerpyltjie span. Peter se span wil graag kompetierend speel en doen aansoek om lidmaatskap van die plaaslike veerpyltjie klub. Andries het 'n boonste ledemaat gestremdheid en gebruik 'n veerpyltjie blaasapparaat om veerpyltjies te speel. Peter word meegedeel dat hulle span nie lede mag wees van die klub nie, aangesien Andries veerpyltjies blaas en nie gooi nie – neem in ag dat die "gooi" van veerpyltjies nie 'n reël van die spel is nie.*

Daar word teen Andries, Peter en die span gediskrimineer deurdat die klub 'n vereiste inbou dat veerpyltjies gegooi moet word. Hierdie vereiste het 'n indirekte onbillike uitsluiting tot gevolg, wat as minder gunstige hantering vertolk word.⁵⁹

⁵⁸ *Jeremiah v MoD* [1979] I.R.L.R. 436, C.A. op bladsy 440.

⁵⁹ Vergelyk die VSA perspektief in *A User Guide to the Disability Discrimination Act*, 2001:1-2, <http://www.mis.deakin.edu.au/dda/Sectn04.htm>

Uit bogaande voorbeelde word die benadeling voortspruitend uit minder gunstige behandeling op grond van gestremdheid uiteengesit. Minder gunstige behandeling impliseer hier dat 'n persoon nie dieselfde geleentheid of keuse het as 'n persoon sonder die betrokke gestremdheid nie, en is benadeling as 'n resultaat daarvan teenwoordig in die betrokke voorbeelde.

Die vraag is vervolgens – wanneer kan daar minder gunstige behandeling van 'n werknemer wees sonder dat die handeling ongeregverdigde diskriminasie daarstel. Regverdiging vir minder gunstige behandeling kan gebaseer wees op wetlike toegewings of korrektiewe maatreëls. Ten opsigte van eersgenoemde is daar byvoorbeeld in die Verenigde Koninkryk ten aansien van gestremdheid wetlike uitsonderings gemaak. Die *Business Bureau – uk*⁶⁰ som hierdie wetlike uitsonderings soos volg op:

- *You can treat a disabled person less favourably if you reasonably believe that either the disabled person or someone else may come to some harm if you did not. Your reason for providing less favourable treatment in these circumstances must be genuine.*
- *You do not have to enter into a contract with a disabled employee if you reasonably believe he or she is incapable of understanding the nature of the agreement or their legal obligations. This provides a degree of security for both you and the disabled person.*
- *You can refuse to serve a disabled customer if you reasonably believe this would stop you from providing your service at all.*
- *Only if you reasonably believe it would cost you more, in material or labour, to provide a service to meet the needs of a disabled customer may you charge more to reflect that increased cost.*

Ten opsigte van korrektiewe maatreëls, bestaan die argument dat waar bevoordeling vir persone van 'n bepaalde groepering (soos ras, geslag, gestremdheid ens.) geskied, en hierdie bevoordeling “minder gunstige behandeling” vir ander persone tot gevolg het, die benadeling voortspruitend uit die “minder gunstige behandeling” geregverdigd kan wees. As

⁶⁰ Business Bureau-uk: 2001: 1-3. Vergelyk ook Statutory Rule 2000 No. 219 [*Part-time workers (Prevention of Less Favourable Treatment) Regulations (Northern Ireland) 2000, ISBN 0-337-01102-8*] waar statutêre reëls ingevoer is in Noord-Ierland ten einde die voorkoming van minder gunstige behandeling teenoor deeltydse werknemers te reguleer.



voorbeeld hiervan kan verwys word na die beslissing in *PEL Ltd. v Modgill* [1980] I.R.L.R., waar beslis is dat rekruteringshandelinge wat persone uit agtergeblewe groeperinge bevorder, wel “minder gunstige behandeling” vir persone daarstel wat nie uit hierdie betrokke groeperinge kom nie, maar dat die benadeling wat daaruit voortspruit geregverdigd is.

Die beslissing in *Modgill* is egter nie gevolg in *R. v Birmingham City Council ex parte E.O.C.* [1988] I.R.L.R. 430, C.A., [1989] I.R.L.R. 172, H.L.) nie, waar beslis is dat seuns en dogters ‘n gelyke geleentheid gebied moet word om na ‘n grammatika skool te gaan. Die bestaan van agterstande by seuns is nie beskou as voldoende rede om toegang tot die grammatika skool te beperk tot seuns nie. *Chieveley J* verduidelik die Britse perspektief soos volg:

*"There is discrimination under the statute if there is less favourable treatment on grounds of sex, in other words if the relevant girl or girls would have received the same treatment as the boys but for their sex. The intention or motive of the defendant to discriminate, though it may be relevant so far as remedies are concerned...is not a necessary condition of liability: it is perfectly possible to envisage cases where the defendant had no such motive, and yet did in fact discriminate on grounds of sex...In the present case, whatever may have been the intention or motive of the Council, nevertheless it is because of their sex that the girls in question receive less favourable treatment than the boys and are the subject of discrimination under the Act of 1975."*⁶¹

Die bepaling van “minder gunstige behandeling” in geslagsdiskriminasie-gevalle word verder bemoeilik waar daar nie ‘n manlike teenpool is waarteen die betrokke behandeling gemeet kan word nie. Hierdie probleem presenteer in besonder in die Verenigde Koninkryk, waar die Sex Discrimination Act⁶² ‘n vergelyking tussen persone in soortgelyke omstandighede vereis. Hierdie vorm van vergelyking laat min ruimte vir die hantering van nadelige behandeling gebaseer op die unieke karaktereienskappe van vrouens of mans. Kraamverlof is byvoorbeeld ‘n voordeel wat slegs aan vrouens gebied kan word, weens die feit dat ‘n vrou kinders baar en mans nie. Indien assimilasie toegepas word, sal dit impliseer

⁶¹ *R. v Birmingham City Council ex parte E.O.C.* [1988] I.R.L.R. 430, C.A., [1989] I.R.L.R. 172, H.L. Sien ook die Appèlhof beslissing in *James v Eastleigh Borough Council* [1989] I.R.L.R. 318, C.A.

⁶² *Ibid.*

dat mans op 'n soortgelyke voordeel geregtig word as vrouens terwyl hulle nie oor die vermoë beskik om geboorte te gee aan 'n kind nie, welke behandeling onbillik mag wees. Deurdat 'n vergelyk getref word tussen die behandeling gebied aan een geslag teenoor die ander, kan daar egter op grond van billikheidsoorwegings toegewings gemaak word aan die een of die ander groepering ten einde onderliggende motiveringe (soos gesinsverantwoordelikheid) op 'n billikheidsgrondslag aan te spreek.⁶³

Die regsbeginsel van "minder gunstige behandeling", soos hierbo uiteengesit, word grafies voorgestel in DIAGRAM 3:

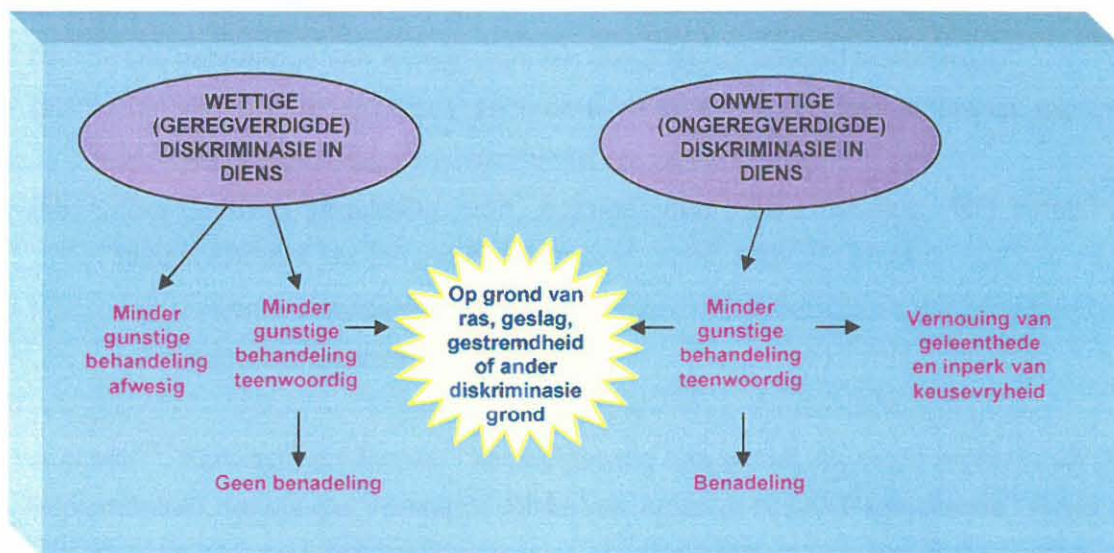


DIAGRAM 3: Die regsbeginsel "minder gunstige behandeling" in wettige en onwettige diskriminasie.

3. REGSTELLEDE AKSIE

3.1. AGTERGROND EN TERMINOLOGIE

Regstellende aksie, 'n term wat sy oorsprong in die Verenigde State van Amerika het, verwys na 'n verskeidenheid van programme gerig op bepaalde groeperinge, met die doel

⁶³ Sien Bourn C & Whitmore J, 1989: 35 en verder. Sien ook *Turley v Alders Department Store* [1980] I.C.R. 66, en soortgelyke beoordeling in *Hayes v Malleable Working Men's Club and Institute* [1985] I.C.R. 703.

om ongelykhede aan te spreek.⁶⁴ *Bacchi* onderskei tussen twee vorme van regstellende aksie:

- (i) beleide ten einde die samestelling van die werksmag te wysig, en
- (ii) beleide ten einde die verteenwoordigende aard van openbare komitees, politieke partye en opvoedkundige instellings te verhoog.⁶⁵

*Bloch*⁶⁶ dui egter aan dat daar ten minste drie interpretasies van regstellende aksie bestaan:

- (i) Die handelinge van werkgewers ten einde diensbillikheid te verseker;⁶⁷
- (ii) Die lasgewinge van howe, as 'n remedie tot beskikking van litigerende werknemers, ten einde regstelling van diskriminasie te bewerkstellig;⁶⁸
- (iii) Die wetlike regulering van optrede deur die instelling ter bereiking van diensbillikheid, bv. ten aansien van:
 - numeriese mylpale en
 - billikheidsresultate.⁶⁹

Australië⁷⁰, Kanada⁷¹ en Swede⁷² het wetgewing daargestel ten einde regstellende aksie te implementeer, terwyl die Verenigde State van Amerika (VSA) Regstellende Aksie beleide

⁶⁴ Bacchi CL, 1996: 15. Sien ook Twomey, 1994: 83-100. Sien ook die definisie van regstellende aksie soos ingelui deur die Amerikaanse "Executive Order 10925" in 1961. 'n Gedetailleerde opsomming van die Amerikaanse Uitvoerende Bevele word gevind in die Federale Register no 26 van 1977. Negatiwiteit teenoor regstellende aksie is egter ook duidelik teenwoordig in Rosenblum, 1991: 993-1093 waar 'n analise van regstellende aksie probleme regstellende aksie uitwys as die eensydige afdwinging van rasvoorkeure.

⁶⁵ Sien Bacchi CL, 1996:15

⁶⁶ Bloch F, 1994: 70

⁶⁷ Sien ook "Executive Order 10925" 1961.

⁶⁸ Sien ook Titel VII, artikel 706 (g)(1).

⁶⁹ Sien ook "Executive Order" 11246, 1962. *Sowell T*, 1990 dui in hierdie verband ook aan hoe implementering van wetlike regulering ontwikkel het vanaf hersiene rekruteringspogings deur werkgewers tot effektiewe regstellende aksie aanstellingsprosedures.

⁷⁰ Sien Kramar R, 1987: 169-189. Sien ook Leon R, 1993: 89-114. Staatsdepartemente maak in Australië voorsiening vir gelyke geleentheidsbeleide vir verskeie groepe, inboorlinge, persone van 'n nie-engelssprekende agtergrond, gestremde persone en vroue. Tog word slegs vrouens bevoordeel deur die privaatsektor-georiënteerde "Affirmative Action Act" (1986). Sien ook Morgan, 1988: 1908 vir kritiese beoordeling.

⁷¹ Sien ook kritiek teen die Kanadese "Employment Equity Act" deur Leck J et al, 1992: 203-20.

⁷² Sien die "Swedish Equal Treatment Act" 1996. Sien ook die rol van vroulike deelname in gelyke geleentheidsbeleide soos bespreek deur Eduards M: 1989. Sien ook verder hoe Eduards in 1991 haar gedagtes rondom vroulike deelname binne die Sweedse raamwerk van geslagsgelykheid

ontwikkel het deur middel van "Executive Orders".⁷³ Die beginsel vergestalt in die wetgewende programme in die onderskeie Westerse lande word goed opgesom deur GJ Rossouw ⁷⁴:

"A situation of systematic exclusion from opportunities needs to be addressed in a new era of democracy and justice. Affirmative action is one way to try to redress the oppression of the past. Affirmative action only makes sense against a backdrop of prolonged injustice where discrimination disadvantaged certain specific groups of people. A consequence of such discrimination is largescale inequalities between those who reaped the benefits of discrimination and those who did not."

Die ervaring in die Verenigde State van Amerika en die kontroversie rondom transformasie het egter tot gevolg gehad dat sommige politieke aktiviste en administrateurs hulle van die Amerikaanse term "Affirmative Action" wou distansieer.⁷⁵ In 'n poging om die term "regstellende aksie" te vermy, word frases soos "employment equity"⁷⁶ en "positive action"⁷⁷ dikwels as sinoniem tot regstellende aksie in die literatuur aangetref.⁷⁸ Verwarring tussen die kernfiksies van onderskeidelik "regstellende aksie" en "equal employment opportunity"⁷⁹ moet egter vermy word. Die paragraaf hieronder spreek hierdie dilemma aan.

uiteensit in die artikel "The Swedish Gender Model: Productivity, Pragmatism, and Paternalism": 166-181.

⁷³ Sien Bloch F, 1994: 70-73.

⁷⁴ Rossouw GJ, 2001: 94-95

⁷⁵ Sien Bacchi CL, 1996: 15-77 waar die teoretiese debatte rondom regstellende aksie in die Verenigde State van Amerika (VSA) uitgespel word. Sien ook Thalberg (1990), Wasserstrom R (1976), Heins M (1987) en Young I (1990) vir kritiese beoordelings van transformasie en die sukseskoers van regstellende aksie. Vergelyk ook die pogings van Goewerneur Pete Wilson in Kalifornië, wat in 1995 die "Proposition 209" geproklameer het. In hierdie Prop. 209 is "preferential treatment" onwettig verklaar. Die hooggeregshof beslis egter tereg dat Prop. 209 nie in stryd met die Grondwet of die Civil Rights Act kan wees nie, waar regstellende aksie konstitusioneel beskerm word. Vergelyk ook ACLU News, 1999: 1-2.

⁷⁶ Sien die uitsprake van die Kanadese Regter Rosalie Abella, die voorsitter van die "Royal Commission into Equality in Employment" (1984), waarin uitdruklik aangetoon word dat die term "Affirmative Action" vermy word weens die negatiewe konnotasies wat daaraan geheg is in die Verenigde State van Amerika. Sien ook Abella RS, 1991: 21-25 waarin terminologie steeds verwysing na regstellende aksie vermy, en die implementering van diensbillikheid in Kanada binne die sfeer van menseregte aangemoedig word.

⁷⁷ Europa, en in besonder Noorweë en Swede gebruik die frase "positive action". Sien in besonder Serdjenian E, 1994:42 en Erneling C, 1988: 16-18. Sien verder ook die bespreking van vroue se status in die "Equal Status Ombud" verslag van 1989.

⁷⁸ Die Kanadese perspektief op hierdie vertolking van "employment equity" word goed geïllustreer in Labour Operations, Human Resources Development Canada, 1998:2. Sien ook Bloch F, 1994: 3, 74, 85-87 vir die Amerikaanse perspektief.

⁷⁹ Sien die "Equal Employment Opportunity for women" - byvoeging tot die 1986 "Affirmative Action Act", soos bespreek in die "Affirmative Action Agency" verslae van 1992 en 1994, VSA.

3.2. REGSTELLEDE AKSIE EN MERIETE

Regstellende aksie programme is in beginsel tydelik, en word die definisie van regstellende aksie soos volg bewoord:

“A temporary intervention to rectify the consequences of discrimination in order to enable people to compete as equals for opportunities. Affirmative action has an aggressive and temporary character – it is intended to accelerate the process of access to opportunities.”⁸⁰

Hierteenoor word “equal employment opportunity” as ‘n strategie gedefinieer wat die boek oor historiese diskriminasie toemaak en suiwer op grond van meriete handel:

“In an equal opportunities strategy...all people from here onwards are given the same access to opportunities. Without any further discrimination, opportunities and jobs are awarded to the person best qualified for the specific job. All members of society compete on an equal footing for available opportunities. The job is awarded to the best candidate.”⁸¹

Voorstanders van regstellende aksie is die mening toegedaan dat “equal employment opportunity” (eoo) nie werklik gelykheid kan verseker waar growwe historiese ongelykhede steeds bestaan nie. Persone wat naamlik deur historiese ongelykhede bevoordeel was, sal noodwendig in ‘n beter posisie wees om baat te vind by gelyke diensgeleenthede. In hierdie tipe gevalle sal bestaande ongelykhede bloot verstewig word. Regstellende aksie word beskou as die brug tussen growwe ongelykhede van die verlede en die ideal van ware gelyke geleenthede gebaseer op meriete. Waar regstellende aksie maatreëls egter hulle tydelike aard verloor en voortgaan om implementeer te word ondanks die korrigerende van agterstande, sal “reverse discrimination” intree, waarvoor geen regverdiging gegee kan word nie.⁸²

Dit is vervolgens nodig om die rol van meriete in eoo en regstellende aksie gevalle te beoordeel:

⁸⁰ Rossouw GJ, 2001: 96-97

⁸¹ Ibid.

⁸² Vergelyk Villere en Hartman, 1989: 22-27

Meriete in die werksplek word vertolk as die beginsel waarvolgens die mees geskikte kandidaat geselekteer word vir aanstelling, bevordering of ander vorm van bevoordeling in diens. Meriete impliseer 'n proses van assimilasie (dit is die ignorering van uitsonderlike eienskappe of behoeftes van 'n persoon vanweë die feit dat hy of sy vanuit 'n bepaalde voorheen benadeelde groepering sou kom) waar daar objektief na die operasionele behoeftes van die werkgever en die relevante beroepsvereiste vir die betrokke pos gekyk word. Die persoon wat die beste aan hierdie behoeftes en vereistes voldoen, word dan beskou as die persoon wat op meriete die mees geskikte kandidaat vir die pos is. Aspekte soos "redelike akkommodasie" en "voorkeur op grond van historiese ongelykhede", soos hierbo uiteengesit, word nie betrek in die proses om 'n meriete besluit te neem nie.⁸³

Selektering op grond van meriete hang af van die volgende:

- "defining relevant key selection criteria;
- fair and open processes that ensure a competitive applicant field; and
- a selection decision that stands up to scrutiny".⁸⁴

Die vraag vervolgens is – wat is die rol van meriete by regstellende aksie handelinge. Hierdie vraag word beantwoord aan die hand van die minimum vereistes wat die werkgever vir 'n betrokke pos stel, asook die behoeftes wat die werkgever vir die voortbestaan van die werksplek identifiseer. Indien 'n regstellende aksie aanstelling moet geskied, sentreer die meriete vraag myns insiens rondom of die betrokke aansoeker (wat vir doeleindes van die argument 'n persoon vanuit 'n voorheen benadeelde groepering afkomstig is) aan die minimum vereistes vir die werk voldoen. (Die bepaling van die minimum vereistes vir die pos is 'n oefening wat natuurlik soortgelyk nie diskriminerend mag inwerk op persone vanuit voorheen benadeelde groeperinge nie.)

Indien die persoon aan die minimum vereistes voldoen, kwalifiseer die kandidaat noodwendig op grond van meriete. Dit beteken nog nie dat die persoon die beste kandidaat vir aanstelling is nie, maar kwalifiseer die betrokke "regstellende aksie kandidaat" vir die selekteringsproses wat volg op die rekruteringsproses. In die selekteringsproses moet daar

⁸³ Vergelyk Hirsch D, 1999: 1

⁸⁴ Teaching Service Order No. 154, Part 10, <http://www.mwsc.vic.edu.au/positions/merit.html>

(indien regstellende aksie geïmplementeer moet word) gekyk word na die gelykheidsdoelwitte wat die werkgewer gestel het ten einde die profiel van die werksplek in lyn te bring met die beskikbare arbeidsmag buite die werksplek.

Indien die gelykheidsdoelwitte inderdaad aandui dat 'n regstellende aksie aanstelling gemaak moet word (hetsy 'n swart persoon, dame, persoon met gestremdhede, ens.), en die rekruteringsproses het 'n persoon vanuit die voorheen benadeelde groeperinge uitgewys wat aan die minimum beroepsvereistes voldoen, sou die aanstelling van laasgenoemde persoon beskou kan word as 'n meriete-aanstelling, ongeag die feit dat hy of sy nie noodwendig die beste kandidaat vir die pos was nie.⁸⁵

Dit is belangrik dat nie alleen akademiese kwalifikasies en gespesialiseerde ervaring verreken moet word in die samestelling van minimum vereistes vir 'n pos nie. Spesifieke vaardighede en emosionele intelligensie⁸⁶ behoort ook verreken te word. Die beginsel van minimum werksvereistes word later in hierdie hoofstuk (onder die bespreking van besigheidsnoodsaak) meer breedvoerig uiteengesit.

Die beoordeling van meriete in 'n spesifieke geval is ook nie altyd so eenvoudig nie. *Burton* beskryf hierdie dilemma soos volg:

“when we refer to equitable organisational arrangements, we are not restricting our view to ‘narrow, distributive concerns of equity’ which address who has which job, nor to the formal rules governing the allocation process, but to the exercise of power at the work place, how jobs are organised as practised and the fundamental preconditions for the development of alternative arrangements.”⁸⁷

Deurdat die werkgewer (wat vir doeleindes van die argument nie afkomstig is uit 'n voorheen benadeelde groepering nie) verantwoordelik is vir die daarstelling van die vereiste standaard waaraan 'n nuwe werknemer moet voldoen, en ook moet beoordeel of die applikant op “meriete” aan die betrokke standaard voldoen, bestaan die moontlikheid dat subjektiewe ingesteldheid kan lei tot die bevoordeling van applikante uit 'n bepaalde groepering (waarmee die werkgewer kan identifiseer). In hierdie opsig behoort die

⁸⁵ Vergelyk Rossouw GJ, 2001: 105

⁸⁶ Vergelyk Goleman D, 1998: 317

⁸⁷ Burton C, 1987: 432

beginsels van diensbillikheid, soos hierbo uiteengesit, die handeling te reguleer. Verder kan besliste regstellende aksie programme die werkgewer dwing om bevoordeling van persone uit voorheen benadeelde groeperinge te bewerkstellig, waar sodanige persone op meriete sou kwalifiseer vir die werk.⁸⁸

3.3. Tipes regstellende aksie

Betreffende laasgenoemde (d.i. die instel van regstellende aksie programme), bepaal *Du Toit D* dat regstellende aksie maatreëls sowel retrospektief (bedoel om diskriminasie in die verlede te korrigeer) as prospektief (met die doel om kondisies te verhoed waarin diskriminasie weer mag plaasvind) geskied.

Voorbeelde van eersgenoemde kan insluit programme ter bevordering en/of opleiding van persone vanuit voorheen benadeelde groeperinge in die werksplek. Voorbeelde van laasgenoemde kan insluit die instelling van maatreëls waardeur voldoende verteenwoordiging van benadeelde groeperinge in besluitnemingsposisies verseker word.⁸⁹

In beide die twee vorme van regstellende aksie (retrospektief en prospektief) is dit kardinaal dat spesiale opleidings- en bemagtigingsprogramme van stapel gestuur word vir regstellende aksie kandidate. Hierdie programme slaan nie noodwendig op die bevoegdheid van die betrokke werknemer nie, maar op die aanpassing binne 'n bepaalde korporatiewe kultuur en die hantering van druk vanuit 'n potensieel vreemde omgewing. Indien regstellende aksie nie met sensitiwiteit geïmplementeer word nie, kan 'n werksplek maklik gedemoraliseer en verdeel word. 'n Suiwere, emosioneel intelligente, strategie moet aangewend word in die implementering van enige vorm van regstellende aksie in die werksplek.⁹⁰

Diagram 4 het ten doel om die rol van regstellende aksie binne die raamwerk van diensbillikheid (soos hierbo uiteengesit) te illustreer:

⁸⁸ Sien New South Wales Department of Industrial Relations, 1999:1. Sien ook Cousey M et al, 1991:7, Fastenau M, 1996: 28-29, en Poiner G et al, 1991:8 vir soortgelyke besprekings.

⁸⁹ Du Toit D et al, 1996: 403

⁹⁰ Vergelyk Rossouw GJ, 2001: 98



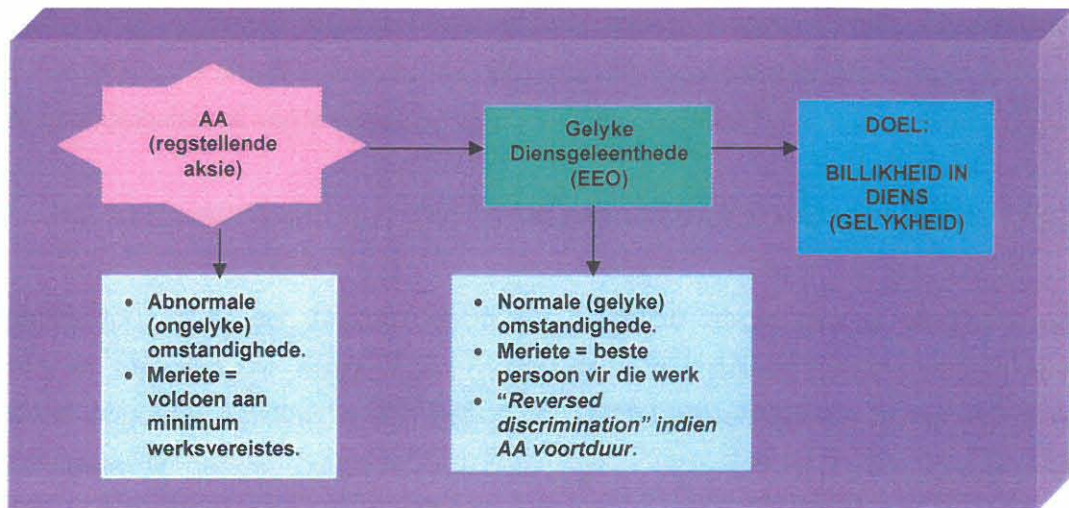


DIAGRAM 4: *Regstellende Aksie en Gelyke Diensgeleenthede binne die raamwerk van Diensbillikheid*

4. BILLIKE VERGOEDING IN DIENS

4.1. DEFINISIE VAN VERGOEDING

Wat betref die definisie en trefwydte van “vergoeding”, is die toepaslike wetgewing in die Verenigde Koninkryk van toepassing op alle terme van die dienskontrak, ongeag of dit verband toon met betaling of nie.

Dit sluit in alle voordele wat verdiskonteer kan word en deel uitmaak van die “*cost to company*” van die betrokke pos. Dit sluit egter uit voordele verwant tot die dood en afrede van die werknemer. Hierdie uitsluiting, alhoewel statutêr gereguleer, kan beskou word as ‘n skending van die 1975 “Equal Employment Commission (EEC)” direktief wat bepaal dat alle diskriminasie op grond van geslag geëlimineer moet word ten aansien van *alle aspekte en voorwaardes van vergoeding*.⁹¹

⁹¹ Sien Equal Pay Act (EqPA) 1970 artikels 1, 2, 2A en 6. Sien ook bespreking van die daarstelling van “equal pay” in *Hayward v Cammell Laird* (No 2) [1988] ICR 464 en *Barber v Guardian Royal Exchange* [1990] ICR 616.

Die Amerikaanse Howe beskou diensvoordele, waarby ingesluit word lidmaatskap tot groeplewenskemas en aftreefondse, as deel van die vergoedingspakket, en is alle gelyke betalingsbeginsels ook van toepassing op sodanige voordele.⁹²

4.2. DIE BEGINSEL VAN “GELYKE BETALING VIR WERK VAN GELYKE WAARDE”

Volgens *Paul* kristalliseer die verskaffing van ongelyke vergoeding vir werk van gelyke waarde as een van die mees algemene vorme van onbillike diskriminasie in diens.⁹³ Alhoewel ongelyke betaling in die Britse reg nie op sigself onbillik is nie, moet enige differensiasie nie geskied op grond van 'n veralgemening rondom die karaktereienskappe van bepaalde groepe of persone nie.⁹⁴

In Australië verseker die beginsel van gelykheid in vergoeding die gelyke betaling van volwasse mans en volwasse vrouens wat dieselfde werk, of werk van gelyke waarde verrig.⁹⁵ Die belang van hierdie konsep is geleë in die feit dat Australië histories gekenmerk is deur die ongelyke salarisskale vir mans en vrouens, selfs waar dieselfde tipe werk deur die twee groeperinge verrig is.⁹⁶ Ook in Kanada word sterk fokus geplaas op diensgelykheid, maar word die aspek van gelyke betaling vir werk van gelyke waarde nie pertinent statutêr aangespreek nie. Diensgelykheidsmaatreëls spreek ook hoofsaaklik die daarstelling van 'n verteenwoordigende werksmag aan, en word vergoedingsgelykheid as inbegrepe daartoe vertolk.⁹⁷

⁹² Sien *City of Los Angeles v Manhart* 435 US 702 (1978) waar gedifferensieerde bydraes tussen mans en vrouens tot 'n aftreefonds as onbillik beskou is. Sien ook *Brennan v Victoria Bank & Trust Co.* 493 F.2d 896 (5th Cir. 1974) ten aansien van meriete- en voordeleplanne.

⁹³ Paul E, 1993: 1

⁹⁴ Sien van Niekerk A, 1995: 105. Sien ook *Horner v Mary Institute* 613 F.2d 706 (8th Cir. 1980) waar die argument dat die klaer “*not a particularly innovative teacher*” is nie, beskou is as nie 'n geldige argument vir differensiasie nie. Die hof beslis dat diskriminasie op grond van geslag hier ter sprake is, aangesien aanvaar was dat vrouens nie besonder innoverend in 'n onderwyshoedanigheid is nie. Diskriminasie op grond van geslag is hier beslis onbillik te wees waar die betrokke werk verrig word onder soortgelyke kondisies en met soortgelyke bekwaamheid as manlike eweknieë. Verantwoordelikheid en inset is vereis ten aansien van vergelykbare manlike kollegas. Onbevoegdheid moet kragtens prosedure aangespreek word, en nie deur eensydige differensiasie in besoldiging of ander voordele nie. Sien ook soortgelyke beslissings in *Board of Regents of University of Neb. v Dawes*, 522 F.2d 380 (8th Cir. 1975), cert. Denied, 424 U.S. 914 (1986) waar dieselfde argument aangewend is waar veralgemenings van toepassing gemaak was op 'n gedeelte van 'n groepering in 'n betrokke werk, en *Bartelt v Berlitz School*, 698 F.2d 1003 (9th Cir.), cert. Denied, 464 U.S. 915 (1983) waar veralgemenings selfs ten opsigte van vorige werknemers as onbillik beskou is.

⁹⁵ Sien Boreham P, 1996: 51-68. Sien ook Walpole S, 1996: 3 vir soortgelyke bespreking.

⁹⁶ Sien Burton C, 1992:1. Sien ook bespreking van die historiese posisie in Rhoads S, 1993:1.

⁹⁷ Sien Talbot W, 1999:1-6

Die konsep van indirekte diskriminasie is, soos in die geval by ander vorme van diskriminasie, ook van toepassing by vergoedingsdiskriminasie. Die beoordeling van indirekte diskriminasie ten opsigte van vergoeding moet gepaard gaan met 'n evaluering van die aard en vlak van werk wat verrig word. Daar moet ook 'n ander werknemer of werknemers (vanuit 'n ander groepering – ras, geslag, gestremdheid ens.) wees waarteen die aard en vlak van werk vergelyk kan word. Slegs deur so 'n vergelyking kan "gelyke waarde" bepaal word.

Bepaling en evaluering van gelyke waarde van werk verrig, is volgens *Hall* moeilik, aangesien diskriminasie probleme dikwels presenteer op posvlakke (of in bepaalde poste) wat tradisioneel gevul is deur persone van spesifieke rasse- of geslagsgroeperinge. Daar is naamlik nie altyd 'n eweknie vanuit 'n ander groepering (ras, geslag, gestremdheid ens.) op die betrokke posvlak of in die betrokke pos nie, en kan vergelyking nie altyd geskied nie. Tipiese voorbeelde sluit in die van sekretaresses en hande-arbeiders, waar onbillike vergoeding mag bestaan, maar moeilik bewys kan word.⁹⁸ Die beginsel van gelyke betaling vir werk van gelyke waarde spreek gevolglik nie gevalle aan waar 'n vergelykbare eweknie nie bestaan nie.

In die Verenigde State van Amerika is in 1981 beslis dat ongelyke betaling vir werk van gelyke waarde as 'n diskriminerende praktyk verbied word deur artikel 703(a)(1) van die "Civil Rights Act" van 1964.⁹⁹ 'n Werkgewer is kragtens hierdie wet skuldig aan geslagsgebaseerde vergoedingsdiskriminasie indien daar 'n dispariteit bestaan in die betaling van onderskeibare vroulike en manlike poste wat nie ondersteun kan word deur ooreenstemmende verskille in die waarde van die werk nie. Alhoewel die vermelde wet vereis dat "gelyke werk" met "gelyke betaling" besoldig moet word, interpreteer die hof die beginsel van "gelyke werk" nie as "*identities*" nie, maar as "*substansieel gelyk*".¹⁰⁰

In die Verenigde Koninkryk word hierdie saak hanteer in terme van die "Equal Pay Act" van 1970, wat substansieel aangepas is in 1983.¹⁰¹ Gelyke betaling word vereis vir vrouens:

⁹⁸ Sien Hall P, 1991:3. Sien ook verder Hunter R, 1988: 147-172, en Moens G, 1992:2 vir bespreking van werk van gelyke kaliber en evalueringsprobleme verbandhoudend daartoe.

⁹⁹ Artikel 703(a)(1) van die "Civil Rights Act" vind toepassing hier, en word daar in die VSA verwys na die vereiste van "comparable worth" waar vergoedingsdiskriminasie beoordeel word.

¹⁰⁰ *Country of Washington v Gunther* 452 US 161 (1981).

¹⁰¹ Sien die Equal Pay (Amendment) Regulations 1983; Sien ook die Stat. Inst. 1983 No 1794, herdruk in Steven L Wilborn 'Equal pay for work of equal value: Comparable worth in the United Kingdom' (1986) 34 *American Journal of Comparative Law* 415 452-457. Hierdie regulasies is

- (i) waar hulle werk verrig soortgelyk tot die van mans ('like work');¹⁰²
- (ii) waar hulle werk verrig wat as ekwivalent geëvalueer word tot die van mans in 'n posevaluerings-studie;¹⁰³ en
- (iii) waar hulle werk, in terme van die eise wat gestel word, van gelyke waarde is tot die van 'n man in dieselfde diens.¹⁰⁴

Waar beslis moet word of die werkgever gediskrimineer het in die vergoeding van 'n werknemer, moet die posisie van die werknemer of poskategorie vergelyk word met die van 'n ander werknemer(s) of poskategorie(ë). Laasgenoemde word na verwys as "the comparator" in die Amerikaanse "Civil Rights Act", maar die wyse waarop die persoon waarteen vergelyk word geïdentifiseer word, ontbreek in die wet.¹⁰⁵

In terme van die Verenigde Koninkryk se diskriminasie wetgewing, moet die vergelyking getrek word tussen 'n werknemer in diens by dieselfde werkgever of geassosieerde werkgevers. Die persoon waarmee vergelyk word kan dus nie 'n hipotetiese persoon wees nie. Hy moet manlik wees (in die geval van geslagsdiskriminasie) en hy kan die vrou se voorganger of opvolger wees.¹⁰⁶ Hierdie beginsel is ook vervat in die Ontario Pay Equity Act¹⁰⁷, waar gereguleer is dat die versuim om aan die beginsel van "equal pay for equal work" uitvoering te gee, 'n onbillike arbeidspraktyk daarstel.

uitgevaardig nadat die "European Court of Justice" in 1982 in *European Communities v United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland* beslis het dat die Equal Pay Act 1970 nie voldoen het aan die 1975 EEOC direktief nie, deurdarft die vergelyking toegelaat het slegs deur posevaluering, welke ook slegs onderneem kon word met die werkgevers se toestemming. Hierdeur is werknemers wie se werkgevers sodanige vergelyking geweier het, in wese die reg tot gelyke betaling vir werk van gelyke waarde ontnem. Sien bespreking deur Thompson JM, 1997: 1-8.

¹⁰² Sien *EEOC v Central Kan. Med. Center*, 705 F.2d 1270 (19th Cir. 1983). Sien ook die rol van pligtestate soos beslis in *Epstein v Secretary of Treas.*, 739 F.2d 274 (7th Cir. 1984).

¹⁰³ Sien ook die hantering van die beginsel van gelyke betaling waar 'n posevaluering verskillende poste op dieselfde telskaal plaas in *Hodgson v Daisy Mfg. Co.*, 317 F.Supp.538 (W.D.Ark. 1970), soos gemodifiseer in 445 F.2d 823 (8th Cir. 1971).

¹⁰⁴ Sien *Hein v Oregon College of Educ.*, 718 F.2d 910 (9th Cir. 1983) waar die manlike gemiddelde salaris in ooreenstemmende diens as uitgangspunt geneem word. Sien ook *Stanley v University of Southern California*, 63 F.E.P.Cas. 1021 (9th Cir. 1994) vir toepassing van die beginsels van gelyke betaling ten aansien van die salarisse van afrigters van onderskeidelik manlike en vroulike sportspanne.

¹⁰⁵ Sien Titel VII van die "Civil Rights Act" 1964 en die "Equal Pay Act" van 1963.

¹⁰⁶ Sien *Macarthy's Ltd v Smith* [1980] ICR 672 (ECJ) en *Dioceses of Hallam Trustees v Connaughton* [1996] IRLR 505 (EAT). Sien ook bevestiging van hierdie beginsel in die Amerikaanse hofbeslissing van *Kenworthy v Conoco Inc.*, 979 F.2d 1462 (10th Cir. 1992).

¹⁰⁷ Sien bespreking van die "Ontario Pay Equity Act" in Fudge J & McDermott MP, 1991: 122-137.

In Australië het die statutêre “New South Wales (NSW) Inquiry into Pay Equity” betekenisvolle bydraes gelewer tot behoorlike vergelykings tussen manlike en vroulike vergoeding.¹⁰⁸ Die Kommittee se aanbevelinge het ingesluit die behoefte aan ‘n ondersoek na die waarde van werk gelewer, en het die Minister vir Arbeidsverhoudinge die aangeleentheid verwys na die “NSW Industrial Relations Commission”. Hierdie ondersoek het plaasgevind tussen Desember 1997 en Julie 1998.

As ‘n resultaat van die bovermelde verbintenis tot die bevordering van gelykheid in NSW het die Premier op Internasionale Vrouedag 1996 die NSW Regering se eerste “Pay Equity Statement” lanseer. Hierdie verklaring was ‘n duidelike artikulasie van die regering se beleidsposisie. Deurdat beleidsoogmerke onderskraag is met praktiese inisiatiewe vir die bereiking van vergoedingsgelykheids-doelwitte, het die verklaring ook voorsiening gemaak vir duidelike doelpale waarteen die regering se prestasie gemeet kan word. As ‘n resultaat van hierdie inisiatiewe kon behoorlike vergelykings getrek word, en die waarde van die funksie van die Kommissie verbeter word.¹⁰⁹

4.3. KRITERIA VIR DIE VERGELYKING VAN WERK VAN GELYKE WAARDE

In die bepaling van vergoedingsdiskriminasie, moet die hof of ander beoordelende liggaam ‘n objektiewe vergelyking tussen die betrokkenes of die betrokke poste tref. Die vraag is nou – welke kriterie moet gebruik word in hierdie vergelykingsproses?

Charles Patrick Mills omskryf hierdie evalueringsfunksie soos volg:

“The function, truly understood, is to consider all the relevant features of the work, to take into account all relevant material, including such as will furnish a guide to fair valuation, to bear in mind the contentions of the parties in the arbitration and, in the light of these things, to fix amounts which the tribunal itself deems to be just and

¹⁰⁸ Die “NSW Inquiry” was die resultaat van ‘n aanbeveling van die “NSW Pay Equity Taskforce”, welke tot stand gebring is in 1996 as deel van die NSW Regering se prioriteit om ongelyke betaling en werksomstandighede van vrouens aan te spreek. Die taak van hierdie liggaam was om die onderevaluering van vrouens se vermoëns en vaardighede te beoordeel, en metodes voor te stel ten einde vergoedingsgelykheid aan te spreek in die NSW.

¹⁰⁹ Sien New South Wales Department of Industrial Relations, 1999:1-2.

reasonable to meet the circumstances of the case. The amount so fixed will represent the tribunal's view of the value of the work.”¹¹⁰

Australië het homself as een van die leidinggewende lande onderskei in die monitering van gelyke vergoeding, deurdat Staats- en Federale Industriële Kommissies aangewys is om met statutêre bevoegdheid die implementering van gelyke vergoeding in die publieke sektor te monitor. Wat uitsonderlik van die Australiese model is, is die streng koppeling van vergoeding aan prestasie. Deur die afdwinging en monitering van streng prestasie evalueringstelsels in Australië word verseker dat enige differensiasie in vergoeding nie geskied op irrelevante diskriminasie gronde (soos ras, geslag en gestremdheid) nie, maar suiwer op grond van beter of swakker prestasie. Werksevaluering vorm gevolglik deel van die loonvasstellingsprossesse in sowel die Staats- as Federale Industriële Kommissies in Australië, en tot dien effek word die werksevalueringskomponente van 'n looneis hanteer in samehang met die sekondêre¹¹¹ en marginale loon.¹¹²

Die breë statutêre mag waarvolgens die “NSW Commission” loonvastellings in die publieke sektor maak, word verder gevind in artikel 10 van die NSW “Industrial Relations Act” 1996 wat soos volg bepaal:

“The Commission may make an award in accordance with this Act setting fair and reasonable conditions of employment for employees.”

Die Kommissie bepaal gevolglik nie alleen diensvoorwaardes nie, maar ook loonvasstellings, op sektorale vlak. Kollektiewe bedinging word nie hierdeur verydel nie, maar sowel die werkgewer as vakbond(e) kan 'n dispuut rondom gelyke diensvoorwaardes of gelyke vergoeding na die Kommissie verwys. Die Kommissie het ook die reg om *mero motu* in te gryp en regstellings te maak ten opsigte van onbillike (ongelyke) diensvoorwaardes of vergoeding.

¹¹⁰ Mills CP, 1976:10; Sien ook *Re Crown Employees' (Scientific Officers – Division of Science Services, Department of Agriculture) Award [Scientific Officers]* (1962) AR 250 (p 175).

¹¹¹ Sien NSW Department of Industrial Relations, 1999:1. Sekondêre loon verwys na besoldiging vir meriete-gevalle (die sogenaamde “uitskieters”)

¹¹² Sien NSW Department of Industrial Relations, 1999:1. Die marginale (basiese) loon word beskou as die gemiddelde loon vir die betrokke pos of posvlak, soos beoordeel teen die ekonomiese faktore (insluitende produktiwiteit, nasionale ekonomiese faktore, ekonomiese faktore spesifiek tot die betrokke werkgewer en industrie, ensovoorts.)

Dit is duidelik dat daar in NSW 'n direkte verband getrek word tussen billike diensvoorwaardes en billike vergoeding. Die vergelyking van vergoeding word egter 'n stap verder geneem deurdat die werkgewers gebind kan word aan spesifieke loonvasstellings soos gemaak deur die Kommissie na vergelyking getrek is deur die Kommissie tussen verskillende industrieë en beroepe. In *Re Metalliferous Miners', etc. General (State) Award*¹¹³ is die volgende fundamentele verklaring gemaak ten aansien van die beskikbaarheid van vergelykings:

*"It must always be remembered that the rate of pay awarded in one industry is not to be accepted as a guide to the rate to be awarded in another unless the tribunal is satisfied that the work done in each is fairly comparable. Even when similarity of work has been established it is not enough to look merely at the rates awarded apart from the other conditions of the award in which they are found. It is also necessary to have regard to the circumstances under which the award in question was made, and to examine in detail the conditions as well as the wages awarded and to consider carefully the principles upon which those rates and conditions were fixed in that particular award."*¹¹⁴

Die beginsel dat vergoeding geëvalueer moet word, vereis voorts dat lone in die wyer gemeenskap in ag geneem moet word, en bepaal die Kommissie in *In Crown Employees (Legal Officers – Crown Solicitor's Office) Award*¹¹⁵ soos volg:

"We think that it is not only inevitable but also proper that, when reviewing the wages payable in a particular industry, members of the Commission should have regard to their knowledge of movements in wages and salaries of widespread application in the community. This was undoubtedly done in the 1970 Teachers Case and the course taken there was inconsistent with the view expressed in some earlier cases. If there is anything in the judgments which have applied the principle of the Metalliferous Miners Case which suggests that movements in wages of widespread application in the community are forbidden ground for an arbitrator, then we think that they should no longer be followed....We wish to emphasise,

¹¹³ *Re Metalliferous Miners', etc. General (State) Award* 1928 AR 466.

¹¹⁴ *Re Metalliferous Miners', etc. General (State) Award* 1928 AR 466, op p. 471. Sien ook die *Scientific Officers Case* 1962 AR 250 op bladsy 282, 283.

¹¹⁵ *In Crown Employees (Legal Officers – Crown Solicitor's Office) Award* 1972 AR 376.

however, that this departure is limited to declaring that it is legitimate, when arbitrating on rates for work of a particular class, to take into account rates for work which is shown by documentary or oral evidence to be comparable in value though dissimilar in nature.”¹¹⁶

Die legitimiteitsraamwerk van die “work value”-beginsel, soos hierbo uiteengesit, is verder uitgebrei deur die “National Wage Case” van April 1975¹¹⁷ en die “National Wage Case” van Mei 1976¹¹⁸:

(i) Beginsel in “National Wage Case” van April 1975:

“... the only other grounds which would justify any increases are:

- a. Changes in work value such as changes in the nature of work, skill and responsibility required, or the conditions under which the work is performed. This would normally apply to some classifications in an award although in rare cases it might apply to all classifications.*
- b. Catch-up community movements. As a result of a series of industry wage increases last year a firm base has been widely established with appropriate relativities between and within awards on which indexation can be applied...It should be understood also that the compression of relativities which has occurred in awards in recent years does not provide grounds for special wage increases to correct the compression. Compression is a matter which could be raised for consideration in cases dealing with the form of indexation and in cases dealing with national productivity distribution.”*

Uit bogaande beginsel kan die volgende kriteria geïdentifiseer word vir gebruik in die beoordeling van gelyke betaling vir werk van gelyke waarde:

- Aard van die werk;
- Aard van vaardigheid en verantwoordelikheid benodig;

¹¹⁶ In Crown Employees (Legal Officers – Crown Solicitor’s Office) Award 1972 AR 376 op p. 391-392. (eie beklemtoning)

¹¹⁷ 1975 (167 CAR 18).

¹¹⁸ 1976 (177 CAR 335).

- Omstandighede waaronder werk verrig word;
 - Vergoeding (ingesluit loonverhogings) in ander gedeeltes van die betrokke industrie, ingesluit agterstande wat mag ontstaan het.
- (ii) Bykomende vereistes rondom veranderinge in werkswaarde, soos ingestel in die “National Wage Case” van Mei 1976:

- “i. Prima facie the time from which work value changes should be measured is the last movement in the award rates concerned apart from national wage and indexation. That prima facie position can only be rebutted if a party demonstrates special circumstances and even then changes can go back only to 1 January 1970.*
- ii. Changes in work by themselves may not lead to changes in the value of work. The change should constitute a significant need addition to work requirements to warrant a wage increase.*
- iii. Where it has been demonstrated that a change has taken place in accordance with the principles, an assessment will have to be made as to how that change should be measured in money terms.*
- iv. The expression ‘the conditions under which the work is performed’ relates to the environment in which the work is done.*
- v. In respect of new work for which there is no current rate, an appropriate rate may be struck in accordance with proper work evaluation.*
- vi. Re-classification of existing jobs is to be determined in accordance with this principle.”¹¹⁹*

Uit bogaande beginsel kan die volgende samevattende kriteria geïdentifiseer word vir gebruik in die beoordeling van gelyke betaling vir werk van gelyke waarde:

- Spesiale omstandighede;
- Veranderinge in die werksvereistes;
- Verdiskontering van addisionele werksvereistes (werksverpligtinge); In gevalle waar geen bestaande koers vir vergoeding bestaan vir 'n nuwe pos (of

¹¹⁹ Ibid pp 352-353.

uitbreiding van 'n bestaande pos) nie, word aan die hand gedoen dat 'n paslike koers bepaal word in ooreenstemming met behoorlike werksevaluering;

- Aard van die werk;
- Aard van vaardigheid en verantwoordelikheid benodig;
- Omstandighede waaronder werk verrig word;
- Vergoeding (ingesluit loonverhogings) in ander afdelings van die betrokke industrie, ingesluit agterstande wat mag ontstaan het.

Die voorskriftelike benadering in NSW het tot gevolg gehad dat die omstandighede waarin "work value" aanpassings beoordeel kon word, ernstig beperk is. Selfs waar applikante aan bogenoemde kriteria kon beantwoord, het die streng toetse van die Kommissie die manier waarop die evaluering beoordeel kon word, eksplisiet beperk. 'n Volledige hersiening van die loonvasstellingsbeginsels in NSW ("New South Wales") is gevolglik gedoen in die "Wage Fixing Principles"-saak in 1978.¹²⁰ Hierdie saak het 'n belangrike addisionele beginsel ingelui wat, in plaas daarvan om op die werksevaluering te vertrou, voorkeur gegee het aan "*the value of work already covered*" en die "*existing rates and conditions*".¹²¹

Die werk-waarde beginsel is ook vereenvoudig soos volg:

"Work Value Changes

- a. *Changes in work value may arise from changes in the nature of the work, skill and responsibility required or the conditions under which work is performed. Changes in work by themselves may not lead to a change in wage rates. The strict test for an alteration in wage rates is that the change in the nature of the work should constitute such a significant net addition to work requirements as to warrant the creation of a new classification or upgrading to a higher classification.*
- In addition to meeting this test a party making a work value application will need to justify any change to wage relativities that might result not only within the relevant internal award structure but also against external*

¹²⁰ 1978 (211 CAR 268).

¹²¹ Ibid, p. 295.

classifications to which that structure is related. There must be no likelihood of wage leapfrogging arising out of changes in relative position.

These are the circumstances in which rates may be altered on the ground of work value and the altered rates may be applied only to employees whose work has changed in accordance with this principle.

- b. In applying the Work Value Changes principle, the Commission will have regard to the need for any alterations to wage relativities between awards to be based on skill, responsibility and the conditions under which work is performed.
- c. Where new or changed work justifying a higher rate is performed, only from time to time by persons covered by a particular classification, or where it is performed only by some of the persons covered by the classification, such new or changed work should be compensated by a special allowance which is payable only when the new or changed work is performed by a particular employee and not by increasing the rate for the classification as a whole.
- d. The time from which work value changes in an award should be measured is the date of operation of the second structural efficiency adjustment allowable under the August 1989 National Wage Case decision.
- e. Care should be exercised to ensure that changes which were or should have been taken into account in any previous work value adjustments or in a structural efficiency exercise are not included in any work evaluation under this Principle.
- f. Where the tests specified in (a) are met, an assessment will have to be made as to how the alteration should be measured in money terms. Such assessment will normally be based on the previous work requirements, the wage previously fixed for the work and the nature and extent of the change in work.
- g. The expression 'the conditions under which the work is performed' relates to the environment in which the work is done.
- h. The commission will guard against contrived classifications and over-classification of jobs.
- i. Any changes in the nature of the work skill and reasonability required or the conditions under which the work is performed, taken into account in

assessing an increase under any other principle of this Statement of Principles, will not be taken into account under this Principle.”¹²²

Ter verfyning van die kriteria hierbo uitgestip, moet die volgende beginsels verreken word in die korrigerende (aanpassing) van loon op grond van verandering in die waarde van werk wat verrig word. Hierdie kriteria moet in samehang gelees word met die kriteria hierbo waarvolgens werk van gelyke waarde beoordeel moet word:

- verandering in die aard van die werk wat sodanig omvattend is dat dit 'n nuwe posgradering tot gevolg het;
- verandering in vaardighede, verantwoordelikhede en die voorwaardes waaronder die werk verrig word;
- waar nuwe pligte op 'n ad hoc basis verrig word, moet vergoeding by wyse van 'n toelaag geskied;
- loonaanpassings moet, in aggenome bogaande, gebaseer word op vorige werksvereistes, die vorige loonvasstelling, sowel as die aard en omvang van die verandering in die werk.

Bogaande kriteria behoort aangewend te word in alle gevalle waar loonvasstellings vasgestel of gewysig word ten einde te verseker dat uitvoering gegee word aan “gelyke betaling vir werk van gelyke waarde”.

Bogaande kriteria moet ook vergelyk word met die van die Verenigde Koninkryk. In terme van Verenigde Koninkryk wetgewing, moet die volgende kriteria aangewend word in die vergelyking van gelyke betaling vir gelyke werk:

- vaardighede;

¹²² Ibid p 65. Sien ook *In re Crown Employees – Legal Officers (Crown Solicitor's Office, etc) award (Crown Solicitors Case)* (1981 AR 488); *In re Electricity Commission of NSW Reference Case (No 1) (E.C. Reference)* (1982 AR 286); *State Wage Case 1983* (1983 AR 805); *State Wage Case – July 1986* (Fisher P, Watson J, Macken JU, 86/696 and 697, 30/7/86; ongerapporteer); *Costain Perarson Bridge Pty Ltd and the Australian Workers Union, NSW Branch and the Amalgumated Metal Workers Union – Dispute* (Watson J; 86/815; 30/10/86; ongerapporteer); *State Wage Case March 1987* (1987) 17 IR 105; *Re Crown Employees (Toll Collectors, etc) Department of Main Roads Award* (1987) 23 IR 254; *Broken Hill Pty Co Ltd v Federated Ironworkers Association of Australia, NSW Division & others* (1988) 27 IR 432; *In re Hospital Scientists (State) Interim Award and other Awards* (CICS; Cahill VP, Sweeney and Hill JJ; 90/280, 347 and 944; 30/3/92; ongerapporteer).

- bekwaamheid; en
- besluitnemingsbevoegdheid¹²³

In die ontwikkeling van gepaste riglyne, moet ernstige oorweging ook gegee word aan die identifisering en korrigerende van die onderevaluering van werk. Waar 'n individuele werknemer in NSW, op grond van die kriteria hierbo, beweer dat sy pos ondergeëvalueer is en dat hy of sy gevolglik nie billike vergoeding ontvang nie, kan 'n regstelling gemaak word deur die werkgewer of (soos in NSW) deur die Kommissie. Dit word egter nie as billik beskou dat 'n individuele loonaanpassing (of herevaluering) outomaties 'n ganse beroep of industrie sou kan affekteer tot die effek dat aanpassings in die res van die industrie (van soortgelyke poste) dienooreenkomstig ook oorweeg moet word nie. Hierdie outomatiese effek op die industrie bestaan egter wel in die loonvasstellingsstelsel in NSW, en word hierdie praktyk deur skrywer as 'n leemte in die NSW loonvasstellingsstelsel ervaar.

Hierteenoor vind ons in die Verenigde Koninkryk riglyne wat poog om (in teenstelling met die NSW model) 'n sistemiese benadering te ondervang. *McGrudden* som hierdie riglyne soos volg op:

- "(i) Work value is to be determined in terms of the demands made on the employee, not in terms of economic value to the employer;*
- (iii) The job characteristics, and not the personal characteristics of the incumbent, are to be compared; and*
- (iv) Analytical job evaluation techniques are preferred to non-analytical techniques."*¹²⁴

In die interpretasie van gelyke vergoeding, word terme soos gelyke behandeling en vergelykbare waarde dikwels sinoniem aangewend in die Verenigde Koninkryk, en word vergelykbare waarde in noue verband gebring die prinsiep van besigheidsnoodsaak, wat hieronder bespreek word.¹²⁵

¹²³ Sien bespreking van "work of equal value" in *Hayward v Cammell Laird* (IE Report 1984). Sien ook *Pickstone v Freemans plc* [1988] ICR 697, *Reed packaging Ltd v Boozar* [1988] IRLR 333 en *Tennants Textiles Colours Ltd v Todd* [1989] IRLR 3.

¹²⁴ *Bromley v H & J Quick Ltd* [1988] IRLR 249. Vergelyk ook *Eaton v Nuttall* [1977] ICR 272.

¹²⁵ Sien Fredman S, 1997: hoofstuk 5, asook bespreking van die benadering deur die Europese Hof in *Conaghan J*, 1998:113.

Die Equal Pay Act (Eq.PA) in die Verenigde Koninkryk vergestalt die beginsel van “gelyke vergoeding vir werk van gelyke waarde”. Kragtens die bepalinge van hierdie wet vind hierdie beginsel toepassing sodra ‘n vroulike werknemer betrokke raak in die verrigting van werk:

- wat dieselfde is as die werk verrig deur ‘n manlike werknemer;
- wat as ekwivalent geëvalueer is tot werk wat verrig word deur ‘n manlike werknemer; of
- waartoe gelyke waarde toegevoeg is.¹²⁶

Die benadering in die Verenigde Koninkryk sentreer suiwer op die inhoudelike en die evaluering van ‘n betrokke pos. Persoonlike eienskappe, omstandighede waarbinne take verrig moet word en meriete van uitsette word nie verreken nie. Beoordeling van gelyke betaling vir werk van gelyke waarde word dus objektief gedoen aan die hand van bogaande kriteria en is daar geen effek op enige ander pos in die beroep of industrie wat nie in die betrokke werksplek figureer nie.

Alhoewel die sektorale werking van die loonvasstellingsstelsel in NSW hierbo gekritiseer is, word die mening tog gehuldig dat die stelsel in die Verenigde Koninkryk nie ‘n holisties genoeg perspektief van “gelyke waarde” gee nie. Die sinvolheid van die weglating van kriteria soos “omstandighede waaronder die werk verrig word”, “aard en verantwoordelikhede van die werk”, en “verdiskontering van die waarde van die werk” word betwyfel. Daar word voorgestel dat ‘n vervlegting van die twee sisteme gebruik word ten einde gelyke betaling vir werk van gelyke waarde te bepaal. Hiermee word bedoel dat al die

¹²⁶ Artikel 1 van die Eq. PA bepaal soos volg:

- “1. *If the terms of a contract under which a woman is employed at an establishment in Great Britain do not include (directly or by reference to a collective agreement or otherwise) an equality clause they shall be deemed to include one.*
2. *An equality clause is a provision which relates to terms (whether concerned with pay or not) of a contract under which a woman is employed (the woman's contract), and has the effect that:-*
 - (i) *if (apart from the equality clause) any term of the woman's contract is or becomes less favourable to the woman than a term of a similar kind in a contract under which that man is employed that term of the woman's contract shall be treated as so modified as not to be less favourable, and*
 - (ii) *if (apart from the equality clause) at any time the woman's contract does not include a term corresponding to a term benefiting that man included in the contract under which he is employed, the woman's contract shall be treated as including such a term.”*

Soortgelyke bepalinge rondom werk wat as ekwivalent geëvalueer is, word aangetref in artikel 1(2)(b), en sien artikel 1(2)(c) rondom die regulering van werk van gelyke waarde.

kriteria soos uitgestip in die drie NSW-sake en deur *McGrudden* in 'n omvattende model aangewend moet word in die bepaling of werk van gelyksoortige aard verrig word. Loonvasstellings of loonkorrigerings wat na aanleiding van hierdie tipe vergelykings gedoen word, behoort egter nie 'n sektorale effek te hê nie, maar moet op 'n ad hoc basis beoordeel word. Beslissings in hierdie verband behoort nie 'n presedent te stel nie, maar behoort as riglyn gebruik te word in die hantering van soortgelyke vergelykings.

In die Verenigde State van Amerika word wetgewing rondom gelyke betaling streng toegepas waar ongeregverdigde differensiasie in vergoeding voorkom. Ook in die VSA blyk vergelykbare waarde die kern van die argument uit te maak, en word vergelykbare waarde deur die hof geïnterpreteer as 'n kardinale faktor om bewys te word in enige diskriminasie klagte.¹²⁷

Die "Equal Pay Act" (Eq. PA) 1965 in die Verenigde State van Amerika bepaal dat 'n werkgewer nie verskillende lone mag betaal gebaseer op die geslag van werknemers wat gelyke werk binne 'n instelling verrig nie.¹²⁸ Oorvleueling met die remedies voorsien deur Titel VII van die "Civil Rights Act" 1964, rakende die bona fide beroepskwalifikasie verweer, word egter opgemerk.¹²⁹ Artikel 703(h) van Titel VII, die sogenaamde "Bennet Amendment" maak naamlik voorsiening daarvoor dat dit nie onwettig is vir 'n werkgewer om te differensieer tussen ouderdomme en voordele op grond van geslag waar sodanige differensiasie gemagtig word deur die Eq. PA nie.¹³⁰ Die implikasie is dat twee wette

¹²⁷ Sien *American Nurses' Association v Illinois*, 606 F. Supp. 1313, 1315 (N.D. Ill. 1985) en *AFSCME v State* 770 F.2d 1401 (9th Cir. 1985) waar beslis dat "...The comparable worth theory, as developed in the case before us, postulates that sex-based wage discrimination exists if employees in job classifications occupied primarily by women are paid less than employees in job classifications filled primarily by men, if the jobs are of equal value to the employer, though otherwise dissimilar." [sien *AFSCME I*, 578 F. Supp. Op 865-71]. Sien ook Bellak, 1984: 75 rakende die praktisyn se toepassing van vergelykbare waarde, en Northrup HR, 1984: 93 rondom die daarstelling van billike vergoeding deur middel van die vergelykbare waarde teorie.

¹²⁸ Sien 29 USC, artikel 206 (d).

¹²⁹ Die beginsel van vergelykbare waarde, soos vergestalt in Titel VII van die "Civil Rights Act" word in die ooreenstemmende bepalinge in die Eq. PA soos volg gereguleer: "No employer...shall discriminate...between employees on the basis of sex by paying wages to employees in such establishment at a rate less than the rate at which he pays wages to employees of the opposite sex in such establishment for equal work on jobs the performance of which requires equal skill, effort, and responsibility, and which are performed under similar working conditions, except where such payment is made pursuant to (i) a seniority system; (ii) a merit system; (iii) a system which measures earnings by quantity or quality of production; or (iv) a differential based on any factor other than sex." Sien ook bespreking in Modjeska: 1999, 2:15.

¹³⁰ Sien 42 USC artikels 2000e-1(h). Voorbeelde sluit in gevalle waar betalings gemaak word ooreenkomstig 'n senioriteitsstelsel, 'n meriete stelsel, 'n stelsel wat inkomste meet op grond van kwantiteit of kwaliteit vandie produk, of waar die differensiasie gebaseer is op enige ander faktor as

saamgelees moet word, en dat 'n differensiasie wat deur die Equal Pay Act gemagtig word (soos in die geval van differensiasie tussen ouderdomme en voordele op grond van geslag) ook as geregverdigd beskou kan word kragtens die Civil Rights Act.

Die "Bennet Amendment" het egter ook ten doel om te verhoed dat enige teenstrydighede tussen die twee wette se interpretasie ontstaan¹³¹, en beslis die hof in *County of Washington v. Gunther*¹³² dat die "Bennet Amendment" nie ten doel het om die omvang van die verbiedende bepalinge in Titel VII te beperk nie, maar slegs om sy regstellende verwere te inkorporeer. Hierdie vergelyking is noodsaaklik ten einde die regsgrond tot beskikking van werknemers uit te klaar.

Die Equal Pay Act vereis naamlik 'n vergelyking met 'n daadwerklike eweknie in die werksplek wat werk van gelyke waarde verrig. Titel VII hierteenoor reguleer gelyke waarde ook deur middel van 'n vergelyking met 'n hipotetiese persoon. Die implikasie nou is dat, waar diskriminasie ooreenkomstig die Equal Pay Act verbied word, maar geen daadwerklike eweknie bestaan ten einde 'n klag op grond van ongelyke betaling kragtens die Equal Pay Act te bring nie, hierdie klag wel ingedien kan word op grond van verwere voorsiening voor gemaak in Titel VII.

Klagtes rondom geslagsgebaseerde loondiskriminasie kan gevolglik ook ooreenkomstig Titel VII aanhangig gemaak word, alhoewel geen lid van die teenoorgestelde geslag 'n gelyke, maar hoër-betaalde werk het nie. Die voorbehoud wat die Amerikaanse wetgewing invoer, is dat die skaal van vergoeding nie gebaseer word op senioriteit, meriete, kwantiteit of kwaliteit van die produk of enige ander faktor as geslag nie.¹³³

Die bewyslas in onderskeidelik die "Civil Rights Act" en die "Eq. PA" word verskillend deur die hof geïnterpreteer. Sommige hofe het bepaal dat die eiser wat 'n geslagsgebaseerde loondispariteit onder Titel VII het, enersyds aan die Eq. PA standaarde moet voldoen van

geslag. Sien in hierdie verband *Spaulding v University of Washington*, 740 F.2d 686, 705 (9th Cir.), *cert. denied*, 105 S.Ct. 511 (1984).

¹³¹ 42 U.S.C. 2000e-2(h) (1982) bepaal naamlik dat: "It shall not be an unlawful employment practice under this subchapter for any employer to differentiate upon the basis of sex in determining the amount of the wages or compensation paid or to be paid to employees of such employer if such differentiation is authorized by the provisions of section 206 (d) of title 29".

¹³² *County of Washington v Gunther* 452 US 161, 68 L Ed 2d 751, 101 S Ct 2242 (1981).

¹³³ Sien ook *Franks v Bowman Transp. Co.*, 424 US 747, 47 L Ed 2d 444, 96 S Ct 1251 (1976), en *City of Los Angeles Dept. of Water & Power v Manhart*, 435 US 702 op voetnoot 13, 55 L Ed 2d 657, op voetnoot 13, 98 S Ct 1370 en op voetnoot 13 (1978).

bewys van ongelyke betaling vir gelyke werk, of andersyds direkte bewys van diskriminerende redes vir ongelyke behandeling moet lewer ten einde met 'n eis in terme van Titel VII te slaag.¹³⁴ Die "direkte bewys" standaard is egter gesaghebbend verwerp in *Miranda v. B & B Cash Grocery Store, Inc.*¹³⁵, waar beslis is dat die klaer in 'n Titel VII aansoek nie die bewyslas het om diskriminasie te bewys nie en dat slegs 'n prima facie saak uitgemaak moet word sodra die eiser bewys het dat sy vroulik is en dat die pos wat sy beklee soortgelyk is as hoër betaalde poste wat beklee word deur manlike kollegas. Die implikasie van die *Miranda*-saak is dat die onus op die werkgewer geplaas word om 'n legitieme, nie-diskriminerende rede vir die loondispariteit te bewys.

Alhoewel "EEOC"¹³⁶ regulasies, wat ten doel het om die Eq. PA te interpreteer, 'n outomatiese oortreding van beide wette daarstel¹³⁷, het sommige hofbeslissings in die verlede verskillende bewysmaatstawwe vereis.¹³⁸ Hierdie dilemma is gekorrigeer in die "*Fallon v. State of Illinois*"-saak¹³⁹, waar die beginsels soos vervat in die EEOC regulasies herbevestig is.

In "*Fallon v. State of Illinois*" word die bewyslas onder Titel VII naamlik steeds op die applikante geplaas ten einde diskriminerende bedoelings¹⁴⁰ te bewys, terwyl beslis word dat die Eq. PA :

*"creates a type of strict liability in that no intent to discriminate need be shown..
...[P]laintiff bears the burden of proving a prima facie case. If successful, the burden
of proof (persuasion) shifts to the defendant to prove that the wage disparity is*

¹³⁴ Sien *Plemer v Parsons-Gilbane* 713 F2d 1127 (CA5 1983) (eiser het geslaag deur aan te toon dat 'n deursigtige geslagsgebaseerde loondiskriminasie sisteem bestaan) Sien ook *EEOC v Sears, Roebuck & Co.*, 839 F2d 302 (CA7 1988).

¹³⁵ *Miranda v B & B Cash Grocery Store, Inc* 975 F2d 1518 60 BNA FEP Cas 295 (CA11 1992). Sien ook *McDonnell Douglas Corp. v Green*, 411 US 792, 36 L Ed 2d 668, 93 S Ct 1817 (1973); en *Texas Dept. of Community Affairs v Burdine*, 450 US 248, 67 L Ed 2d 207, 101 S Ct 1098 (1981).

¹³⁶ Equal Employment Opportunity Commission

¹³⁷ Sien 29 CFR artikel 1629.27(a). Sien ook *EEOC v White & Son Enterprises*, 881 F2d 1006 (CA11 1989) en *Kort v Diemer*, 909 F2d 954 (CA6 1990).

¹³⁸ Sien *Bartelt v Berlitz School of Languages, Inc.*, 698 F2d 1003 (CA9 1983), cert den 464 US 915 (1983) waar 'n bewys van die salarisse van 'n manlike direkteur by 'n ander skool 'n Titel VII eis ondersteun het, maar onvoldoende was vir 'n Eq. PA eis wat 'n "single establishment" vereiste het. Sien ook *Spaulding v University of Washington*, 740 F.2d, 740 F.2d op bladsy 700 en *Heagney v University of Washington*, 642 F.2d 1157, 1163 (9th Cir. 1981).

¹³⁹ *Fallon v State of Illinois*, 882 F2d 1206 (CA7 1989).

¹⁴⁰ Diskriminerende motiewe word in die VSA slegs in onbillike vergoedingsklagtes geakkommodeer.

*attributable to one of the Act's four affirmative defenses. Thus, the risk of nonpersuasion rests with the employer on the ultimate issue of liability."*¹⁴¹

Uit bogaande blyk dit dat die onderskeid tussen die bewyslas in 'n klagte op grond van Titel VII en 'n klagte op grond van die Eq. PA, geleë is in die toepassing van die beginsel van "strict liability".¹⁴² "Strict liability" bestaan naamlik in klagtes op grond van die Eq. PA, maar nie ten opsigte van klagtes op grond van Titel VII nie. "Strict liability" impliseer dat aanspreeklikheid deur die werkgewer bestaan selfs al is daar geen bewys van nalatigheid of skuld nie. Waar 'n werknemer gevolglik (op grond van die Eq. PA) 'n klagte lê dat 'n daadwerklike eweknie in die werksplek 'n hoër besoldiging ontvang as die klaer, hoef geen skuld, motief of nalatigheid deur die werknemer bewys te word nie. Hierteenoor, waar 'n werknemer (op grond van Titel VII) 'n klagte lê dat hy of sy 'n onbillike vergoeding ontvang in vergelyking met 'n hipotetiese eweknie, is "strict liability" nie ter sprake nie, en moet die werknemer bedoeling om te diskrimineer bewys. Gegee die feit dat die vergelyking met 'n hipotetiese eweknie nie altyd so eenvoudig is nie, word die beslissing ondersteun dat "strict liability" nie van toepassing is op Titel VII klagtes nie.

Ter bevestiging van die kriteria hierbo uiteengesit, en met in agneming van die leerstuk van "strict liability", word die volgende vier nie-diskriminerende kriteria ter beoordeling van gelyke waarde deur VSA hofuitsprake uitgestip:

- kennis en vermoëns wat vereis word van die persoon,
- intellektuele eise van werk,
- aanspreeklikheid in die betrokke pos, en
- werksomstandighede waaronder die werk verrig moet word.¹⁴³

Binne die toepassingsraamwerk hierbo uiteengesit, presenteer vergelykbare waarde as 'n diskriminasie eisgrond in gevalle waar nie alleen lone nie, maar ook voordele soos

¹⁴¹ Ibid. Sien ook *Patkus v Sangamon-Cass Consortium*, 769 F2d 1251 (CA7 1985).

¹⁴² Vergelyk *Reed International Books Australia Pty Limited*, 1999: 1, <http://www.butterworths.Com.au/legalwords/html/001533.htm>

¹⁴³ Sien ook *AFSCME v State* supra. Sien verder ook *Briggs v Madison*, 536 F Supp 435 (WD Wis 1982) waar beslis is dat vermeldde kriteria aangewend kan word ter bepaling van vergelykbare waarde in soortgelyke poste.

pensioen, aftree annuïteite of mediese voordele deur dieselfde werkgewer op verskillende voorwaardes aan manlike en vroulike werknemers in vergelykbare poste, verskaf word.¹⁴⁴ Opsommenderwys kan die kriteria vir die bepaling van vergelykbare waarde, soos regsvergelykend hierbo bespreek, soos volg uiteengesit word:

- (i) Die hoeveelheid verantwoordelikheid toevertrou aan die werker;
- (ii) Die senioriteit van die werker;
- (iii) Die prestasie van die betrokke werknemer (meriete);
- (iv) Die vlak van kwalifikasie benodig;
- (v) Die hoeveelheid kundigheid en ervaring benodig;
- (vi) Die werksure en hoeveelheid inspanning vereis;
- (vii) Effektiwiteit;
- (viii) Die omstandighede waaronder die werk verrig word;
- (ix) Ooreenkomste in die aard en inhoud van die werk;
- (x) Spesiale vereistes gekoppel aan die werk;
- (xi) Aard en inhoud van ander diensvoorwaardes en byvoordele;
- (xii) Salarisverskille tussen grade en klassifikasies in relevante werk;
- (xiii) Uitslag van posevalueringe en inhoud van verbandhoudende salarisskale;
- (xiv) Alle relevante faktore tot die werk, insluitende opleiding, take verrig, prestasies en stand in gemeenskap.

4.4. KOLLEKTIEWE BEDINGING IN BILLIKE VERGOEDING

'n Verdere punt wat hier bespreking verdien, is die rol van kollektiewe bedinging in die hantering van gelyke-betaling eise. In die eerste instansie moet dit verreken word dat geen diensvoorwaarde (wat betaling insluit) gewysig kan word sonder die instemming van die betrokke werknemer nie. Waar 'n individuele klagte rondom onbillike vergoeding (gebaseer

¹⁴⁴ Sien byvoorbeeld die beslissing in *City of Los Angeles, Department of Water & Power v Manhart*, 435 US 702, 55 L Ed 2d 657, 98 S Ct 1379 (1983), waar die verweer dat vrouens kragtens aktuariële tabelle gemiddeld langer behoort te leef as mans nie geslaag het in die daarstelling van hoër pensioenpremies vir dames nie. Soortgelyk is in *Arizona Governing Committee for Taz Deferred Annuity & Deferred Compensation Plans v Norris* 463 US 1073, 77 L Ed 2d 1236, 103 S Ct 3492 (1983) beslis dat ongelyke aftreevoordele tussen mans en dames ongeregverdig is waar dieselfde maandelikse premie betaal word deur beide geslagte. Sien egter ook *Colby v J.C. Penney Co.* 926 F2d 645 (CA7 1991) waar diskriminasie op grond van 'n ander faktor as geslag wel regverdiging daargestel het vir ongelyke voordele in poste van vergelykbare waarde.

op die beginsel van “equal pay for equal work”) ontvang word, behoort individuele onderhandeling tussen die werkgever en werknemer die aangeleentheid te kan finaliseer. Waar die betrokke werknemer ‘n lid is van ‘n vakbond, kan die vakbond wel namens die betrokke werknemer die onderhandeling hanteer, maar is *kollektiewe bedinging* nie ter sprake nie. Waar ‘n groepering persone (wat kan insluit twee of meer persone) betrokke is in ‘n ongelyke-betaling eis, en sodanige persone lede is van ‘n vakbond, kan *kollektiewe bedinging* inderdaad geskied en die vakbond namens die lede onderhandel.¹⁴⁵

Dit word ook voorgestel dat die werkgever in ieder geval, ongeag die individuele of kollektiewe aard van ‘n ongelyke-betaling eis, moet ag slaan op die institusionele effek van die uitkoms van die eis. Waar ander soortgelyke gevalle van ongelyke betaling sou bestaan, behoort die werkgever pro-aktief en tydens dieselfde kollektiewe bedinging sessie die ander gevalle van ongelyke betaling te korrigeer. Dit is belangrik om daarop te let dat, alhoewel die werkgever nie eensydig enige benadeling in diensvoorwaardes of besoldiging kan afdwing nie, versuim om onbillike vergoeding te korrigeer nie gewyt kan word aan gebrek aan ooreenstemming met ‘n vakbond nie. Onbillike vergoeding moet gekorrigeer word (na afhandeling van ‘n deeglike vergelyking en ondersoek aan die hand van bogemelde kriteria) en, waar daar nie negatiewe wysigings tot die diensvoorwaardes of besoldiging van ‘n werknemer of groep werknemers ter sprake is nie, kan daar slegs sprake wees van konsultasie. Soortgelyk, waar korrigerende van onbillike vergoeding operasionele impak tot gevolg kan hê, met gepaardgaande verskaffing van uitdienstredingspakkette, moet die relevante statutêre pad vir ontslag op grond van operasionele vereistes gevolg word.¹⁴⁶ Vergelyk ook die impak van loonvasstelling deur verskillende onderhandelingsprosesse soos hieronder bespreek.

4.5. REGVERDIGING VAN ONGELYKE VERGOEDING

Die regverdiging van ongelyke vergoeding moet noodwendig verreken word binne die voorafgaande kriteria (wat meriete insluit), asook die basiese beginsels rondom direkte en indirekte diskriminasie soos reeds uiteengesit. Spesifieke verwerpe is egter addisioneel tot

¹⁴⁵ Vergelyk Hoekstra, MC, 1996: Ongepubliseerde LLM (Menseregte) – Skripsie: Agentskapwerksplekooreenkoms, UOVS. Vergelyk ook Poolman T, 1985: 122-125 ten aansien van die reg tot kollektiewe bedinging.

¹⁴⁶ Vergelyk Aaron B et al, 1982: 13/72 en 3/34.

hierdie kriteria ontwikkel in leidinggewende Westerse regstelsels, welke verweere hieronder ontleed word.

4.5.1 Genuine Material Factor

In die Verenigde Koninkryk sal 'n werkgewer moet aantoon dat die verskil in betaling werklik te wyte is aan 'n "genuine material factor" (word vertaal as "wesenlik onderskeidende faktor") wat nie die verskil in geslag, ras, gestremdheid ens. is nie.¹⁴⁷ Hierdie wesenlik onderskeidende faktor moet by aanvang van die verskil in betaling teenwoordig wees, en kan nie retrospektief bepaal word nie. Die werkgewer kan byvoorbeeld nie slaag in sy verweer deur 'n moontlike rede vir die dispariteit aan te toon wat ontdek is slegs na die aanvang van litigasie nie.¹⁴⁸ In die "European Court of Justice" is ook dienooreenkomstig beslis dat "*the differential in pay can be justified only where it relates to an objective which corresponds with a real business need, where it is appropriate to achieving the objective in question and where it is necessary to that end.*"¹⁴⁹

In gevalle van beweerde vergoedingsdiskriminasie op grond van geslag vereis die Equal Pay Act 1970 in die Verenigde Koninkryk dat die werkgewer moet aandui dat die verskil in die diensterme waarop die man en vrou aangestel is, toe te skryf is aan 'n wesenlik onderskeidende faktor anders as geslag.¹⁵⁰

Volgens die beslissing in *Ainsworth v. Glass Tubes Ltd.*¹⁵¹ kan die vrou haar posisie vergelyk met enige manlike werknemer in dieselfde diens wie sy glo dieselfde werk verrig, of wie werk verrig wat as gelyk geëvalueer is deur 'n posevalueringsstelsel of wie sy aanvoer werk van gelyke waarde verrig. Die betrokke manlike werknemer hoef nie verteenwoordigend te wees van 'n groep manlike werknemers nie, alhoewel sodanige

¹⁴⁷ Sien artikel 1(3) van die Equal Pay Act 1970. Sien ook bespreking van die begrip "*genuine material factor other than sex*" in *National Vulcan Engineering Insurance Group v Wade* [1978] ICR 800, en *Handels-og Kontorfunktionaernes Forbund i Danmark v Dansk Arbejdsgiverforening (acting for Danfoss)* [1991] ICR 74 (ECJ).

¹⁴⁸ Sien *Clay Cross (Quarry Services) Ltd v Fletcher* [1979] ICR 1. Sien ook *Rainey v Greater Glasgow HB* [1987] ICR 129 en *Bilka Kaufhaus v Weber von Hartz* [1987] ICR 110.

¹⁴⁹ *Bilke-Kaufhaus GmbH v Weber von Hartz* [1987] ICR 317.

¹⁵⁰ Sien *Rainey v Greater Glasgow Health Board* 1987 A.C. 224; 9 1987) 84 L.S. Gaz. 188, H.L. Vergelyk ook Hoekstra, MC: *The Effect Of The New Higher Education Equity Dispensation In South Africa On The Position Of Women In Higher Education*, voordrag gelewer te Zürich, September 2000 tydens die "2nd European Conference on Gender Equality in Higher Education". Voordrag aanvaar vir publikasie in UNIVERSELLE 4, UniFrauenstelle of the University of Zürich.

¹⁵¹ [1977] I.R.L.R. 74, E.A.T.

verteenwoordiging die moontlikheid van regverdiging onder klousule 1(3) sal verhoog.¹⁵² Dit is egter belangrik om daarop te let dat die gelykheidsklousule slegs geïmpliseer is tot 'n kontrak van 'n vrou wat in *dieselfde* diens is as die manlike eweknie.¹⁵³ Artikel 1(6) bevestig hierdie uitgangspunt:

*"(M)en shall be treated as in the same employment with a woman if they are men employed by her employer or any associated employer at the same establishment or at establishments in Great Britain which include that one and at which common terms and conditions of employment are observed generally or for employees of the relevant class."*¹⁵⁴

Dit volg uit bogaande bespreking van die "weselik onderskeidende faktor" in die Verenigde Koninkryk dat die applikant moet bewys dat sy of haar werk dieselfde of breedweg soortgelyk is as die van die persoon waarmee vergelyk word. Enige verskille wat geïdentifiseer word, moet nie sodanig weselik wees dat dit redelikerwys behoort aanleiding te gee tot verskille in vergoeding of die plasing van die twee poste in verskillende kategorieë in 'n evalueringstudie nie.¹⁵⁵ In die bepaling of werk van breedweg dieselfde aard bestaan, word 'n wye benadering gevolg en word daar nie ag geslaan op klein verskille wat nie in die diensvoorwaardes gereflekteer word nie.¹⁵⁶ Dit volg egter noodwendig dat, waar daar verskille in verantwoordelikhede is wat verskille in posgradering regverdig, daar nie sprake kan wees van gelyke werk nie.¹⁵⁷

¹⁵² Sien Bourn C & Whitmore J, 1989: 156-157. Sien ook *Thomas v N.C.B.* [1987] I.R.L.R. 451, E.A.T.

¹⁵³ Sien definisie van "dieselfde diens" soos beslis in *Leverton v Clwyd CC* [1989] ICR 33 (HL), *British Coal Corporation v Smith* [1996] ICR 515 en *Scullard v Knowles* [1996] ICR 399 (EAT).

¹⁵⁴ Sien toepassing in *Lawson v Britfish* (1988) I.R.L.R. 53, E.A.T. Sien ook *Leverton v Clwyd County Council* [1988] I.R.L.R. 239 waar die verskil in werksure beslis is 'n ware materiële verskil onder artikel 1(3) daar te stel. Sien verder ook *Hasley v Fair Employment Agency* [1989] I.R.L.R. 106, N.I.C.A., waar twee werkgewers gedefinieer is as 'n geassosieerde werkgewer bedoel in artikel 1(6)(c) indien "one is a company of which the other (directly or indirectly) has control or if both are companies of which a third person (directly or indirectly) has control."

¹⁵⁵ Sien *British Leyland v Powell* [1978] I.R.L.R. 57, E.A.T. Sien ook artikel 1(4) van die Eq. PA wat bepaal dat: "A woman is to be regarded as employed on like work with men if, but only if, her work and theirs is of the same or a broadly similar nature, and the difference between the things she does and the things they do are not of practical importance in relation to terms and conditions of employment; and accordingly in comparing her work with theirs regard shall be had to the frequency or otherwise with which any such differences occur in practice as well as to the nature and extent of the differences".

¹⁵⁶ Sien *Capper Pass Ltd. v Lawton* [1977] I.C.R. 83, E.A.T. waar 'n manlike assistant kok in die direkteur se eetkamer vergelykbaar bevind is met die kok in die kroeg.

¹⁵⁷ Sien *Capper Pass Ltd v Allen* [1980] I.C.R. 194, E.A.T.

In die bepaling of verskille in vergoeding op grond van 'n "wesenskaplike onderskeidende faktor" geskied, moet dit verder ook duidelik wees of die verskille van praktiese belang is en of die verskille kontinue plaasvind. Dit is nie voldoende om bloot die kontraktuele verpligtinge van die betrokke persone te vergelyk nie, en moet die take wat werklik verrig word (ongeach dit wat in die pligtestaat mag staan) ook ondersoek word. Enige verskil in die take wat werklik verrig word, moet noodsaak word deur die besigheid se oorlewingsbehoefes.¹⁵⁸ Vergelyk in hierdie verband die bespreking van besigheidsnoodsaak hieronder.

Die instelling van 'n wetenskaplike posevalueringstelsel kan konsekwentheid verbeter ten opsigte van die daarstelling van pligtestate en die monitering van gelyke vergoeding soos gebaseer op die evaluering van soortgelyke poste.¹⁵⁹

Waar 'n posevalueringstelsel in plek is, kan 'n onbillike vergoedingseis op grond van die afwesigheid van 'n "wesenskaplike onderskeidende faktor" gebaseer word op die feit dat die waardes soos onderskryf in die betrokke stelsel nie regverdigbaar is nie, en 'n element van direkte of in indirekte diskriminasie bevat.¹⁶⁰ Die toets van regverdigbaarheid van 'n "wesenskaplike onderskeidende faktor", soos vereis deur die Eq. PA, is beskryf in die beslissing van *Bilka-Kaufhaus GmbH v. Weber von Hartz*¹⁶¹, en behels dat 'n beleid of praktyk wat 'n diskriminerende effek het slegs regverdigbaar is indien "*the means chosen for achieving that objective correspond to a real need on the part of the undertaking, are appropriate with a view to achieving the objective in question and are necessary to that end.*"¹⁶²

¹⁵⁸ Sien *Dance v Dorothy Perkins Ltd* [1978] I.C.R. 760, E.A.T. Sien ook *McCabe v I.C.L. Ltd* (ongerapporteer) I.T. 292 59/79.

¹⁵⁹ Vergelyk artikel 2A(1) van die Equal Pay Act en die toepassing van hierdie klousule in *Forex Neptune (Overseas) Ltd v. Millrer* [1987] I.C.R. 170."

¹⁶⁰ Sien die regulering in artikel 2A(2) van 'n gelyke waarde eis waar die resultate van 'n bestaande posevalueringstelsel betwis word. Artikel 2A(2) bepaal soos volg:

"There shall "be no reasonable grounds for determining that the work of a woman is of equal value as mentioned in s.1(2)(c) above if:

- (a) that work and the work of the man in question have been given different values in a study such as is mentioned in s.1(5) above; and
- (b) there are no reasonable grounds for determining that the evaluation contained in the study was (within the meaning of subsection 3 below) made on a system which discriminates on grounds of sex."

Subartikel 3 bepaal dat:

"An evaluation contained in a study such as is mentioned in s.1(5) above is made on a system which discriminates on a grounds of sex where a difference, or coincidence, between values set by that system on different demands under the same or different headings is not justifiable irrespective of the sex of the person on whom those demands are made."

¹⁶¹ [1986] I.R.L.R. 317.

¹⁶² Ibid, op p. 320. Sien ook die prosedure vir die aanvraag van 'n onafhanklike deskundige soos vergestalt in die Arbeidsdribunaal Regulasies S.I. 1985 No. 16, Regulasie I.T.R. 1985 en Regulasie

Opsommend kom dit daarop neer dat die afwesigheid van 'n "weselik onderskeidende faktor", wat duidelik die bydrae van vroulike werknemers of werknemers uit ander voorheen benadeelde groeperinge onderskat, nie regverdigbaar kan wees nie.¹⁶³ 'n Werknemer wat bevind word werk te verrig van 'n hoër waarde as haar eweknieë, kan nie gefrustreer word in haar poging om gelyke betaling te bekom nie.¹⁶⁴ Ter ondersteuning hiervan is in *McGregor v. G.M.B.A.T.U.*¹⁶⁵ beslis dat die interpretasie en toepassing van die "weselik onderskeidende faktor" verweer in 'n voorverhoor-onderzoek deurslaggewend is en dat 'n finale bevel rondom die geldigheid al dan nie van die beweerde "weselik onderskeidende faktor" reeds op hierdie stadium uitgereik kan word.

Van Niekerk dui verder aan dat die wetgewing in die VSA ook, ten aansien van ongelyke betaling in beweerde geslagsdiskriminasie sake, voorsiening maak vir geregverdigde differensiasie in vergoeding gebaseer op senioriteit, meriete, produktiwiteit en enige ander faktor buiten geslag.¹⁶⁶ Dit moet egter beklemtoon word dat merietesisteme slegs onder die statutêre uitsluiting sorteer indien dit sistematies en objektief geadministreer word.¹⁶⁷ Die bestaan en behoorlike bestuur van 'n omvattende prestasie evalueringsstelsel is kardinaal. Vergelyk in hierdie verband die uiteensetting van meriete hierbo. Waar so 'n prestasie evaluerings stelsel nie by wyse van 'n prestasie-ooreenkoms met die werknemer geïmplementeer is nie, kan meriete na as 'n geldige verweer gebruik word vir ongelyke vergoeding in gevalle van "werk van gelyke waarde" nie. Die rede hiervoor is geleë in die feit dat kontraktueel daar nie ooreengekom is op bevoordeling op grond van

8(2E). Sien verder ook *Forex Neptune (Overseas) Ltd. v Miller and Others* [1987] I.C.R. 170, E.A.T. waar beslis is dat werkgewers kan argumenteer dat enige verskil in betaling tussen die applikant en die persoon waarmee vergelyk word te wyte is aan 'n werklike materiële faktor anders as 'n verskil in geslag, alvorens die verslag van 'n onafhanklike deskundige aangevra word.

¹⁶³ Sien *Pickstone v Freeman Ltd* [1987] I.R.L.R. Sien ook *Commission of the European Communities v United Kingdom* [Case 61/81, (1982) I.C.R. 578] waar die Europese Geregshof beslis het dat die Verenigde Koninkryk verplig was om onder die E.E.C. Verdrag en die "Equal Pay Directive" 'n ongekwalifiseerde reg te verleen tot gelyke betaling vir werk van gelyke waarde.

¹⁶⁴ Sien *Murphy v Bord Telecom Eirann* [1988] I.R.L.R. 267. Sien ook soortgelyke beslissings in *Capper Pass v Lawton* [1976] ICR 83 (EAT), *E. Coomes (Holdings) Ltd v Shields* [1978] IRLR 263, *Waddington v Leicester Council for Voluntary Services* [1977] ICR 266 en *Thomas v NCB* [1987] IRLR 451.

¹⁶⁵ [1987] I.C.R. 505.

¹⁶⁶ *Van Niekerk* A 1995: 105. Sien ook *Hodgson v Behrens Drug Co.* 475 F.2d 1041 (5th Cir.), cert. denied, 414 US 822 (1973)

¹⁶⁷ Sien *Brennan v Victoria Bank & Trust Co.* 493 F.2d 896 (5th Cir. 1974). Sien ook *Hodgson v First Victoria Nat'l Bank*, 446 F.2d 47 (5th Cir. 1971)

verdienselikeit nie, en moet die beginsel van “equal pay for equal work” streng geïmplementeer word.¹⁶⁸

4.5.2 Markkragte

Werkgewers handhaaf dikwels die standpunt dat hy ‘n bepaalde hoër salaris aan ‘n persoon gebied het as deel van ‘n werwingsinsentief. Die werkgever is naamlik verleë om die betrokke persoon aan te stel en is bereid om dit te betaal wat die persoon vra. In die Verenigde Koninkryk is hierdie verweer van “hoër betaling”, aangesien die persoon nie andersins die werk sou aanvaar nie, beskou as ongeldig, aangesien maatreëls om vergoedingsgelykheid te bevorder presies ten doel het om ongelykhede geskep deur markkragte aan te spreek.¹⁶⁹

Hierteenoor word ‘n meer beperkte beskouing van indirekte diskriminasie deur die “European Court of Justice” gehuldig in die *Jenkins*-saak¹⁷⁰, waar markkragte uitdruklik ingesluit is in die kategorie van legitieme regverdiging.¹⁷¹ Die besondere omstandighede en nasionale behoeftes van ‘n betrokke land behoort die aanvaarding al dan nie van hierdie verweer te bepaal. Die rol van regstellende aksie, en die noodsaaklikheid om ‘n persoon uit ‘n bepaalde voorheen benadeelde kategorie te werf ten einde aan gelykheidsdoelwitte te beantwoord, behoort soortgelyk verreken te word.

In die Verenigde Koninkryk is die verskil tussen die dicta in gelyke waarde en ander gelyke betaling sake verwant tot die uitspraak van Lord Denning in *Clay Cross (Quarry Services) Ltd. v Fletcher*, naamlik dat “*a difference between her case and his referred to a difference in the personal equation of the woman as compared to the man, to what appertained to her in her job and to him in his*”.¹⁷² Alhoewel die Appèlhof beslis het dat die verskoning van “*I paid him more because he asked for more*’ or *I paid her less because she was willing to*

¹⁶⁸ Sien *Morgado v Civil Defense Corps*, 706 F.2d 1184 (11th Cir. 1983) cert. denied, 464 U.S. 1045 (1984).

¹⁶⁹ Sien *Clay Cross (Quarry Services) Ltd v Fletcher* [1987] IRLR 361.

¹⁷⁰ [1981] ECR 911.

¹⁷¹ Sien ook *Enderby v Frenchay Health Authority* [1994] 1 CMLR 8 vir ‘n meer liberale aanslag. In *Rainer v Greater Glasgow Health Board* [1985] IRLR 414 is ook die ooreenkomstige beslis dat ‘n verskil wat verband hou met ekonomiese faktore wat die voortsetting van die werkgever se besigheid affekteer, wel regverdigbaar kan wees.

¹⁷² *Clay Cross (Quarry Services) Ltd. v Fletcher* [1979] I.C.R. 1. per Denning M., R., op bladsy 4.

come for less' " ¹⁷³, onaanvaarbaar is, het die hof in *Rainey v Greater Glasgow Health Board*¹⁷⁴ standpunt ten gunste van die werkgewer ingeneem.

In teenstelling met die beperking van materiële faktore tot oorwegings gewortel in die individuele afwyking tussen werknemers het Lord Keith beslis dat die verskil tussen die man en die vrou se posisie (op grond van markkragte) 'betekenisvol' en 'relevant' moet wees ten einde 'n 'materiële verskil' daar te stel:

"The difference must be 'material', which I would construe as meaning 'significant and relevant', and it must be between 'her case and his'. Consideration of a person's case must necessarily involve consideration of the circumstances of that case. These may well go beyond what is not very happily described as 'the personal equation'..... In particular, where there is no question of international sex discrimination whether direct or indirect, a difference which is connected with economic factors affecting the efficient carrying on of the employer's business or other activity may be relevant." ¹⁷⁵

In die tweede Jenkins-saak¹⁷⁶ is die vraag beoordeel of markkragte, buiten as 'n objektief noodsaaklike ekonomiese faktor, ook *redelikerwys* as noodsaaklik geag moet word. Regter Browne-Wilkinson beslis dat artikel 1(3) inderdaad sodanige objektiewe regverdiging vereis, ongeag of artikel 119 dit sou stipuleer. In die hieropvolgende beslissing van *Bilke Kaufhaus v. Weber von Hartz* is dienooreenkomstig ook beslis dat 'n beleid, wat op grond van markkragte ongelyke vergoeding tussen mans en vrouens wat gelyke werk verrig tot gevolg het, slegs geregverdig kan word indien die beleid:

- (i) ingestel word ter bereiking van 'n doel wat ooreenstem met die werklike behoefte van die onderneming,
- (ii) geskik is ten einde die betrokke doel te bereik, en ook

¹⁷³ [1987] I.R.L.R. 361, C.A

¹⁷⁴ [1987] I.R.L.R. 26, H.L. Die *Rainey* saak het beslis dat, aangesien die werkgewer geen keuse gehad het as om die betrokke manlike werknemers – as enigste geskikte kandidate (wat in die privaat sektor meer verdien het op die betrokke stadium as die vroulike werknemers wat in publieke diens was en soortgelyke werk verrig het) in diens te neem nie, die manlike persone wel met behoud van hulle (hoër) salarisse regmatiglik oorgeplaas kon word. Die Applikant het gelyke betaling as die manlike werknemers soos oorgeneem vanuit die private sektor geëis, en is dit aanvaar dat die verskil tussen die twee tariewe werklik te wyte was aan 'n materiële faktor anders as die verskil in geslag.

¹⁷⁵ [1987] I.R.L.R. 29, H.L. Sien ook die beslissings van die Europese Geregshof in *Jenkins v Kingsgate (Clothing Productions) Ltd.* [1981] I.C.R. 592 en *Bilka Kaufhaus v Weber von Hartz* supra.

¹⁷⁶ *Jenkins v Kingsgate (Clothing Productions) Ltd. (No. 2)* [1981] I.R.L.R. 399.

(iii) redelikerwys noodsaaklik is ten einde die doel te bereik.¹⁷⁷

In die Verenigde State van Amerika word 'n sterk vrye mark e ekonomie voorgestaan, en daar is geen indikasie in die bestaande wetgewing dat die wetgewer ten doel gehad het om die fundamentele beginsels rondom aanvraag en voorsiening te wysig of om werkgewers te verhoed om in die arbeidsmark te kompeteer nie.¹⁷⁸

In die VSA word vergelykbare waarde streng binne die konteks van 'n vrye mark beoordeel.¹⁷⁹ 'n Werkgewer moet naamlik toegelaat word om lone te betaal wat nodig is ten einde in die mark te kompeteer vir gekwalifiseerde applikante. Diskriminerende bedoeling kan nie bloot afgelei word van 'n werkgewer se vertrekpunt vanaf vrye mark parameters in die vasstelling van posklassifikasies en lone nie, selfs indien die mark nie statisties betroubaar sou wees nie.¹⁸⁰

Binne die billikheidsraamwerk van 'n vrye ekonomiese mark, word vergelykbare waarde studies as 'n "*voluntary diagnostic tool*" beskryf om spesifieke aspekte van 'n werkgewer se werksmag te ondersoek. Hierdie ondersoek word egter beperk tot 'n interne ondersoek van die werksplek se omstandighede en betrek nie (soos in die geval van NSW) 'n studie van eksterne faktore nie. In *International Union, United Automobile, Aerospace & Agricultural Implement Workers of America v. State of Michigan* word die aard van hierdie interne ondersoek soos volg uiteengesit:

"[Such] studies do not examine market forces, labor trends, economic predictions, the employer's economic health, and other factors an employer must weigh before implementing change. Nor does a comparative work study factor in its own validity. To wield these studies as swords against the well-intentioned employer would quickly spell their demise..."¹⁸¹

¹⁷⁷ [1986] I.R.L.R. 317, E.C.J. Sien ook bespreking deur Bourn C & Whitmore J, 1989: 179-184.

¹⁷⁸ Sien *AFSCME v State of Washington* 770 F2d 1401 (US Court of Appeal for Ninth Circuit, 1985) 1407.

¹⁷⁹ Sien *American Nurses' Ass'n v Illinois*, 606 F Supp 1313 (ND Ill 1985), en 606 F2d 716 (CA7 1986).

¹⁸⁰ Vergelyk byvoorbeeld die afwysing van vergelykbare waarde as 'n absolute verweer in *International Union, United Automobile, Aerospace & Agricultural Implement Workers of America v State of Michigan*, 886 F2d 766 (CA6 1989); Sien ook *Power v Barry County*, 539 F Supp 721 (WD Mich 1982).

¹⁸¹ Sien *International Union, United Automobile, Aerospace & Agricultural Implement Workers of America v State of Michigan*, 886 F2d 766 (CA6 1989).

Die vraag is egter wat geskik sou wees in die konteks van 'n besondere land. *Du Toit D* is byvoorbeeld die mening toegedaan dat die Amerikaanse benadering nie geskik is vir die Suid-Afrikaanse konteks nie, aangesien die mark die vooroordeel van die samelewing waarin dit funksioneer sal reflekteer, en dat 'n markgebaseerde benadering die diskriminasieverbod sal ondermyn.¹⁸²

4.5.3 Verskillende onderhandelingsprosesse

Die werkgewer word dikwels in die posisie geplaas dat verskillende organisasies of individue afsonderlik wil onderhandel ten aansien van sake van gemeenskaplike belang, soos vergoeding vir 'n bepaalde tipe pos of posvlak. Die vraag is of, indien daar verskillende ooreenkomste bereik word na afloop van die afsonderlike onderhandelingsessies, die werkgewer regmatig mag diskrimineer ten aansien van vergoeding vir werk van gelyke waarde.

Die leidinggewende beslissing hier is die *Enderby*-saak, waar soos volg beslis is:

*"If the employer could rely on the absence of discrimination within each of the collective bargaining processes taken separately as sufficient justification for the difference in pay, he could easily circumvent the principle of equal pay by using separate bargaining processes."*¹⁸³

Faktore wat hier verreken moet word, is die reg op vryheid van assosiasie en die reg op vryheid van keuse. Vakbonde wil nie noodwendig gesamentlik onderhandel nie, en dikwels verteenwoordig vakbonde oorwegend 'n spesifieke kultuur- en/of rassegroepeerings. Die ideal sou wees dat gesamentlike onderhandelings geskied waar verhoging van dieselfde posvlakke (wat deur verskillende vakbonde verteenwoordig word) geskied. Waar gesamentlike onderhandelings nie kan geskied nie en die onderskeie vakbonde nie bereid is om te skik op 'n soortgelyke vergoeding vir persone wat op dieselfde posvlak lê nie (maar deur verskillende vakbonde verteenwoordig word), sal onbillike vergoeding noodwendig die gevolg wees. Gegew die *Enderby*-saak sal sodanige vergoeding egter geregtigdig wees, gegrond op die verpligting tot onafhanklike kollektiewe onderhandelingsprosesse.

¹⁸² Du Toit D et al, 1996: 401

¹⁸³ Enderby-saak supra op p. 358.

4.6. EUROPESE PERSPEKTIEF OP BILLIKE VERGOEDING

In hierdie paragraaf word internasionale konvensies en verdrae ondersoek wat van toepassing is op billike vergoeding. Paslike vergelyk met die Verenigde Koninkryk en ander Westerse lande se vergoedingswetgewing word getref, met 'n kritiese analise van die implementering van die internasionale billikebeginsels rondom vergoeding.

Artikel 119 van die Verdrag van Rome¹⁸⁴, wat die beginsel van gelyke betaling vir werk van gelyke waarde omvat, is 'n belangrike regsbron van gelyke vergoedingsbeginsels. Hierdie beginsel van gelyke betaling is ook herbevestig in die "Equal Pay Directive 75/117", en definieer artikel 1 van hierdie direktief gelyke vergoeding soos volg:

*"The principle of equal pay for men and women outlined in Art. 119 of the Treaty, hereinafter called the 'principle of equal pay', means for the same work or for work to which equal value is attributed, the elimination of all discrimination on grounds of sex with regard to all aspects and conditions of remuneration...In particular, where a job classification system is used for determining pay, it must be on the same criteria for men and women and so drawn up as to exclude any discrimination on grounds of sex."*¹⁸⁵

Die Europese reg het tot onlangs eksklusief gekonsentreer op geslagsdiskriminasie. Diskriminasie op gronde van ras en gestremdheid is in die Verenigde Koninkryk nie geaffekteer deur Europese reg nie, buiten ten aansien van indirekte diskriminasie.¹⁸⁶ Tog

¹⁸⁴ Artikel 119 bepaal soos volg:

"Each member state shall during the first stage ensure and subsequently maintain the application of the principle that men and women should receive equal pay for equal work. For the purpose of this Article, 'pay' means the ordinary basic or minimum wage or salary and any other consideration whether in cash or in kind which the worker receives, directly or indirectly, in respect of his employment from his employer. Equal pay without discrimination based on sex means:

(a) that pay for the same work at piece rates shall be calculated on the same unit of measurement;

(b) that pay for the same work at time rates shall be the same for the same job."

Die Europese Geregshof het ook dienooreenkomstig in die *Defrenne* – saak (infra) artikel 119 verklaar as "*part of the foundation of the Community*". Sien ook bevestiging van die direkte toepassing van artikel 119 van die Verdrag in *Kowalski v Freie und Hansestadt Hamburg* [1990] IRLR 447.

¹⁸⁵ Equal Pay Directive 1975/117, artikel 1. Sien ook Equal Treatment Directive 1976; Equal Treatment in Social Security Matters 1979; ET in Occupational Social Security Schemes 1986 en die Pregnant Worker's Directive 1992. Sien ook verder die Europese Praktykskode rondom seksuele teistering: Commission Recommendation and Code of Practice on Protection of Dignity of Men and Women at Work 1992.

¹⁸⁶ Sien *Marshall v Southampton and SW Hampshire AHA* No. 152/84 (1986) I.R.L.R. 140 ten aansien van die horisontale, direkte effek van direkteiwes in Brittanje.

word daar nou toenemende druk ondervind om Europese reg uit te brei tot 'n wyer spektrum van antidiskriminasie beleidsbeginsels. Die Amsterdam Verdrag van 1997 inkorporeer naamlik 'n nuwe artikel 6A tot die verdrag van Rome wat die Raad van Ministers bemagtig om aktief stappe te neem in die aanspreek van diskriminasie op grond van geslag, ras of etniese oorsprong, godsdiens of geloof, ouderdom of seksuele oriëntasie. Sien ook die Europese Unie se "Action Plan Against Racism"¹⁸⁷ wat die daarstelling van wetgewing teen rassediskriminasie teen die end van 1999 ten doel stel.

Artikel 119, en voortspruitende direktiewe, is ook reeds in 1981 beskou as direk toepaslik op alle vorme van diskriminasie wat geïdentifiseer mag word met die hulp van die beginsel van "gelyke vergoeding vir werk van gelyke waarde", sonder dat nasionale maatreëls benodig word om die beginsel se toepassing meer presies te definieer.¹⁸⁸

Die raamwerk van gelyke betaling vir werk van gelyke waarde word in Diagram 5 soos volg vergestalt:

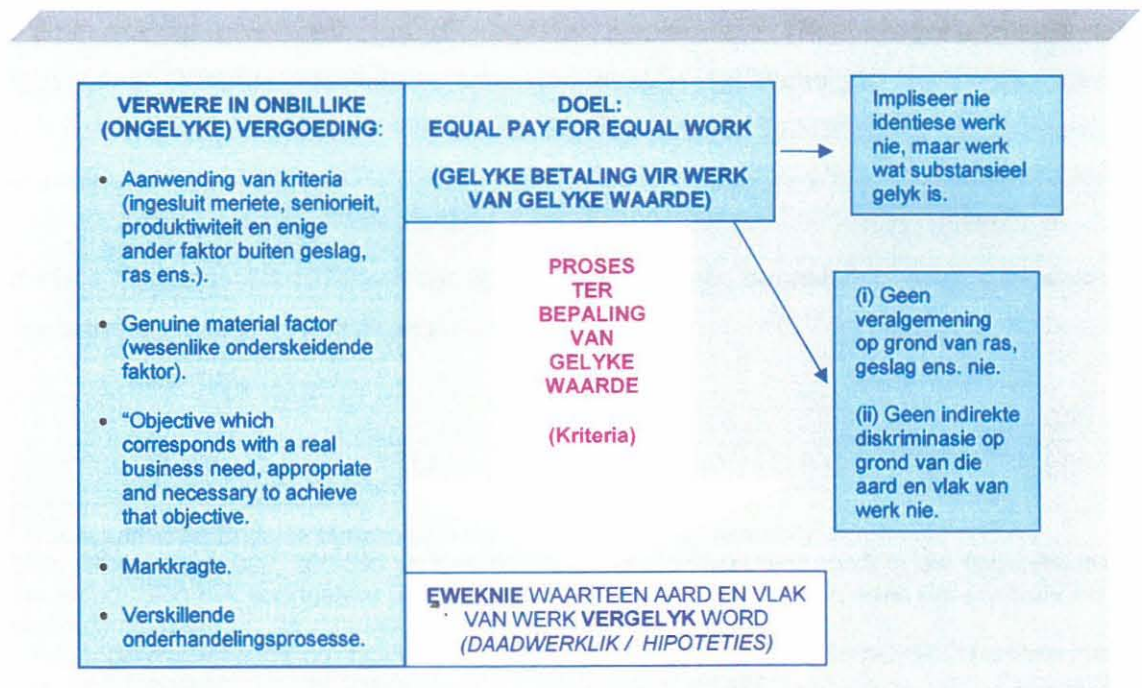


DIAGRAM 5: 'n Raamwerk van gelyke betaling vir werk van gelyke waarde.

¹⁸⁷ COM (1998) 183 final

¹⁸⁸ Sien die uitspraak van die Europese Geregshof in Jenkins v Kingsgate (Clothing Productions) Ltd [1981] I.R.L.R. 228 op bladsy 234.

5. BESIGHEIDSNODSAAK¹⁸⁹

5.1. AARD EN INHOUD VAN DIE BESIGHEIDSNODSAAK VERWEER

Die ongelyke behandeling bewysraamwerk (soos hierbo bespreek) word toegepas in gevalle waar 'n werknemer of 'n groep werknemers na bewering ongelyke behandeling (unfair treatment) op diskriminerende gronde ontvang (direkte diskriminasie).¹⁹⁰ Die ongelyke impak (unfair impact) bewysraamwerk, hierteenoor, word toegepas in gevalle waar die impak van 'n bepaalde handeling/nalate/beleid/praktyk ongelyke behandeling van 'n werknemer of groep werknemers tot gevolg het (indirekte diskriminasie).¹⁹¹

In die Amerikaanse regstelsel word die werkgewersverweer van besigheidsnoodsaak (geformuleer as "Bona Fide Occupational Qualifications" (BFOQ)) erken ten aansien van *alle vorme van ongelyke impak*. Ten aansien van *ongelyke behandeling* erken die Amerikaanse regstelsel ook die werkgewersverweer van besigheidsnoodsaak (geformuleer as "Bona Fide Occupational Qualifications" (BFOQ)), behalwe in gevalle waar direkte diskriminasie op grond van ras of kleur ter sprake is.¹⁹² Die verweer van *Genuine Occupational Qualifications (GOQ)*, soos aangetref in die Verenigde Koninkryk, stem in wese ooreen met die verweer van *Bona fide occupational qualifications*, soos hieronder bespreek.

Die *Race Relations Act 1976* van die Verenigde Koninkryk, bepaal vier kategorieë waar ras 'n "genuine occupational qualification" kan wees:

¹⁸⁹ Amerikaanse en Engelse terminologie verwys na "business necessity"

¹⁹⁰ Sien Grover SS, 1996, 389-391 vir bespreking van die ontwikkeling rondom die ongelyke impak aksie grond. Sien ook soortgelyke bespreking deur Perry LL, 1990: 29-37, waar die analogie tussen besigheidsnoodsaak en die verweer van BFOQ getrek word.

¹⁹¹ Die "ongelyke behandeling" teorie ter sprake by direkte diskriminasie, terwyl die "ongelyke impak" teorie van toepassing is by indirekte diskriminasie. Die verweer van Bona Fide Occupational Qualifications (BFOQ) is tot die beskikking van die werkgewer by bewering van "ongelyke behandelinge", terwyl die verweer van Besigheidsnoodsaak tot die beskikking van die werkgewer is by beweringe van "ongelyke impak". Sien Grover SS, 1996, 389-391 vir bespreking van die ontwikkeling rondom die ongelyke impak aksie grond. Sien ook soortgelyke bespreking deur Perry LL, 1990: 29-37, waar die analogie tussen besigheidsnoodsaak en die verweer van BFOQ getrek word.

¹⁹² Sien Fielding J, 1990: 136-137. Sien ook soortgelyke bespreking deur Greenlaw PS et al, 1994: 573 – 579.

- (i) *"Where the job involves participation in a dramatic performance or other entertainment in a capacity for which a person of that racial group is required or reasons of authenticity; or*
- (ii) *Where the job involves participation as an artist's or photographic model in the production of a work of art, visual image or sequence of visual images of which a person of that racial group is required for reasons of authenticity; or*
- (iii) *Where the job involves working in a place where food or drink is (for payment or not) provided to and consumed by members of the public or a section of the public in a particular setting for which, in that job, a person of that racial group is required for reasons of authenticity; or*
- (iv) *Where the holder of the job provides persons of that racial group with personal services promoting their welfare, and those services can most effectively be provided by a person of that racial group."*¹⁹³

Die *Disability Discrimination Ordinance (DDO)* in die Verenigde Koninkryk erken "Genuine Occupational Qualification (GOQ)" ook as 'n verweer in diskriminerende praktyke teen gestremde persone. Hierdie verweer word addisioneel gevoeg tot die verweer dat 'n gestremde persoon nie in staat is om die inherente vereistes van die werk te verrig nie. Die volgende twee situasies word uitgesonder in die DDO as duidend dat gestremdheid 'n "genuine occupational qualification" vir die werk is:

- (i) *"The essential nature of the job requires a person without disability for reasons of physiology or authenticity in dramatic performances. For example, the requirement of a person who is not a wheelchair user may usually constitute a GOQ for a job as a fashion model. Similarly, a woman with severe visual impairment may be refused a job as an actress to play the role of someone who has no visual impairment.*
- (ii) *The nature or location of the establishment is such that the employee has to live in premises provided by the employer but the available premises do not have facilities for persons with the disability in question. However, before the employer could claim this as a defence for not offering the job to a person with the disability, he or she should first consider whether alterations to the premises could be made to render them suitable for that person. He or she should carry out such alterations and offer*

¹⁹³ Race Relations Act 1976, section 5(2)

the job to that person unless the alterations would impose an unjustifiable hardship on the employer.”¹⁹⁴

Alhoewel nie so uitdruklik gereguleer in die beskrywing van die GOQ in die DDO nie, word dit aan die hand gedoen dat die verweer nie van toepassing sal wees waar 'n voornemende werknemer sou aanbied om wysigings aan die werksplek aan te bring en die oorspronklike kondisie te herstel by verlating van die werksplek nie. In sulke omstandighede behoort diskriminasie onwettig te wees indien die werkgever voortgaan om op grond van gestremdheid te diskrimineer.

Die *Disability Discrimination Ordinance (DDO)* formuleer voorts as 'n afsonderlike verweer die diskriminasie op grond van die feit dat 'n persoon nie in staat is om aan die inherente vereistes van die werk te voldoen nie. Kragtens hierdie verweer is 'n werkgever nie verplig om 'n persoon aan te stel of in diens te hou wat weens 'n bepaalde gestremdheid nie in staat is om die werk te kan doen nie. Die DDO bepaal dat diskriminasie teen 'n persoon met 'n gestremdheid in rekrutering of ontslag nie onwettig sal wees nie, indien die persoon weens sy of haar gestremdheid:

- (i) *“would not be able to carry out the inherent requirements of a job, or*
- (ii) *would, in order to carry out the inherent requirements of the job, require some adjustments at work which would cause unjustifiable hardship.”¹⁹⁵*

Dit word aan die hand gedoen dat, in die bepaling of 'n persoon met 'n gestremdheid in staat is om die inherente take van 'n werk te verrig, die werkgever die volgende aspekte in aanmerking moet neem:

- (i) *die persoon se opleiding, kwalifikasies en ervaring relevant tot die betrokke diens;*
- (ii) *in die geval van 'n bestaande werknemer, sy of haar werksprestasie;*
- (iii) *ander relevante faktore.¹⁹⁶*

¹⁹⁴ Vergelyk Good Management Practice Series, 2001:1-2

¹⁹⁵ Vergelyk Good Management Practice Series, 2001:1-2

¹⁹⁶ Vergelyk die Technikon Vrystaat se “Policy and procedure on reasonable accommodation for persons with disabilities”.

Artikel 7 van die *Sex Discrimination Act 1975* in die Verenigde Koninkryk erken geslag as 'n GOQ, maar slegs in beperkte gevalle, wat weens die belangrikheid vir hierdie proefskrif, aangehaal word:

"Being a man is a genuine occupational qualification for a job only where –

- (a) the essential nature of the job calls for a man for reasons of physiology (excluding physical strength or stamina) or, in dramatic performances or other entertainment, for reasons of authenticity, so that the essential nature of the job would be materially different if carried out by a woman; or*
- (b) the job needs to be held by a man to preserve decency or privacy because –*
 - (i) it is likely to involve physical contact with men in circumstances where they might reasonably object to its being carried out by a woman, or*
 - (ii) the holder of the job is likely to do his work in circumstances where men might reasonably object to the presence of a woman because they are in a state of undress or are using sanitary facilities; or*
- (c) the nature or location of the establishment makes it impracticable for the holder of the job to live elsewhere than in premises provided by the employer, and –*
 - (i) the only such premises which are available for persons holding that kind of job are lived in, or normally lived in, by men and are not equipped with separate sleeping accommodation for women and sanitary facilities which could be used by women in privacy from men, and*
 - (ii) it is not reasonable to expect the employer either to equip those premises with such accommodation and facilities or to provide other premises for women; or*
- (d) the nature of the establishment, or of the part of it within which the work is done, requires the job to be held by a man because –*
 - (i) it is, or is part of, a hospital, prison or other establishment for persons requiring special care, supervision or attention, and*
 - (ii) those persons are all men (disregarding any woman whose presence is exceptional), and*
 - (iii) it is reasonable, having regard to the essential character of the establishment of that part, that the job should not be held by a woman; or*
- (e) the holder of the job provides individuals with personal services promoting their welfare or education, or similar personal services, and those services can most effectively be provided by a man, or*

- (f) *the job needs to be held by a man because of restrictions imposed by the laws regulating the employment of women, or*
- (g) *the job needs to be held by a man because it is likely to involve the performance of duties outside the United Kingdom in a country whose laws or customs are such that the duties could not, or could not effectively, be performed by a woman, or*
- (h) *the job is one of two to be held by a married couple.”¹⁹⁷*

Dit is duidelik uit bogaande aanhaling dat daar spesifieke kriteria en toepassingsterreine in die Verenigde Koninkryk geformuleer is ten opsigte van die “genuine occupational qualifications” verweer in geslagsdiskriminerende praktyke. As ‘n punt van kritiek word dit uitgewys dat die wetgewing in die Verenigde Koninkryk wel nie die toepaslike standaard waaraan die verweer van “genuine occupational qualifications” moet voldoen formuleer nie. Dit identifiseer slegs ‘n geslote aantal voorbeelde wat onder die betrokke verweer kan sorteer. In Amerika, hierteenoor, word wetgewing gebruik om die toepaslike standaard en relevante kriteria (wat gebruik moet word in die beoordeling of ‘n verweer gegrond op beroepskwalifikasies geregverdigd is) uit te stip.

Hierdie hoofstuk ondersoek voorts die onderskeie standpunte, soos geformuleer deur die Amerikaanse Hooggeregshof, rondom die toepaslike standaard om gebruik te word vir die regverdiging van *ongelyke impak* en *ongelyke behandeling* op grond van besigheidsnoodsaak. Uitgekristalliseerde kriteria word geanaliseer en vergelyk ten einde die aard en omvang van die besigheidsnoodsaak verweer te bepaal.

Die verweer van besigheidsnoodsaak word in die Verenigde State van Amerika primêr statutêr gereguleer deur Titel VII van die “Civil Rights Act” 1964 en die 1967 “Age Discrimination in Employment Act” (ADEA).¹⁹⁸ Die verwantskap met wetgewing soos die 1963 “Equal Pay Act” (EPA), die “Americans With Disabilities Act” (ADA) 1990, die “Fair Housing Act (Title VIII of the Civil Rights Act 1968)” en die 1991 “Public Employee

¹⁹⁷ Sien artikel 7 van die Sex Discrimination Act 1975, sowel as die Sex Discrimination (Gender Reassignment) Regulations 1999.

¹⁹⁸ Sien inter alia *Corning Glass Works v Brennan*, 417 U.S. 194 (1974), *County of Washington, Oregon v Gunther*, 452 U.S. 161, 171 (1981), *Aldrich v Randolph Central School District*, 963 F.2d 520 (2nd Cir. 1992), *Strecker v Grand Forks*, 640 F. 2d 96 (8th Cir. 1980), *Kouba v Allstate Insurance Co.*, 691 F. 2d 873 (9th Cir. 1982), en *Anderson v University of Northern Iowa*, 779 F.2d 441 (8th Cir. 1985)

Collective Bargaining Act" (PECBA) kom egter ook na vore deurdat die verweer van besigheidsnoodaak vervat is in hierdie wette.¹⁹⁹

Ten einde te slaag met 'n *ongelyke impak* aksie, moet die klaer in die Amerikaanse bestel aandui dat daar 'n oënskyklik neutrale diensbeleid of -praktyk bestaan wat 'n beduidende nadelige impak het op 'n beskermde groepering, en dat hy of sy 'n lid is van daardie groepering. Waar die klaer *prima facie* diskriminasie aangetoon het, kan die werkgewer poog om sy optrede te regverdig deur aanwending van die besigheidsnoodaak verweer.²⁰⁰

Ten einde te slaag met 'n *ongelyke behandeling* aantyging, moet die Amerikaanse klaer *prima facie* aantoon dat minder gunstige behandeling op grond van ras, kleur, godsdiens, geslag, ouderdom, nasionale oorsprong of gestremdheid geskied het. Die werkgewer kan op sy beurt aantoon dat die ongelyke, diskriminerende behandeling redelikerwys noodsaaklik was vir die normale operering van sy of haar besigheid. Die beginsel van "redelikerwys noodsaaklik vir die normale operering van 'n besigheid" word in die Amerikaanse wetgewing geformuleer as "Bona Fide Occupational Qualifications" (BFOQ). Soos hierbo aangetoon, is die verweer van BFOQ egter nie toelaatbaar ten aansien van direkte diskriminasie op grond van ras of kleur nie.²⁰¹

Die BFOQ uitsonderings in Titel VII en die ADEA word verder spesifiek beperk tot sake waar die diskriminerende faktor "redelikerwys noodsaaklik" was tot die "normale operering"

¹⁹⁹ Sien McCormack CP, 1986: 563-606 rondom besigheidsnoodaak in die "Fair Housing Act" en die "Equal Pay Act". Sien ook soortgelyke bespreking deur Chicoine JP, 1992: 259-283 rondom besigheidsnoodaak in die "Public Employee Collective Bargaining Act" en Glen AK, 1994: 537-593 rondom besigheidsnoodaak in die "Americans with Disabilities Act".

²⁰⁰ Fielding J, 1990: 143-144. Sien ook bespreking deur Haas SN, 1982: 435-469.

²⁰¹ 42 U.S.C. artikels 2000e-2(e) (1982) bepaal dat:

"Notwithstanding any other provision of this subchapter, (1) it shall not be a lawful employment practice for an employer to hire and employ employees...on the basis of [their] religion, sex or national origin in those certain instances where religion, sex, or national origin is a bona fide occupation qualification to the normal operation of that particular business or enterprise.."

Sien ook 110 Congress. Recommendation 2550-63, waar besluit is dat ras en kleur nie oorweeg kan word as 'n BFOQ nie:

"The...[BFOQ] makes no reference to race or color even though these classifications are repeatedly covered within the protected groups covered by that section and other sections of the statute. This divergent treatment is particularly significant, because a companion subsection provides that no preferential treatment will be given to the protected groups but specifically includes race and color within these groups. 42 U.S.C.A. section 2002-2(j). Inferentially, therefore, a bona fide occupational qualification exception cannot be based upon race or color."

Sien ook bespreking hiervan deur Vaas, 1966: 438, en bespreking van die moontlikheid om ras wel onder die verweer van besigheidsnoodaak in te trek deur Gupko JJ, 1981: 654.

van die “betrokke” besigheid.²⁰² Die verband tussen besigheidsnoodsaak en ongelyke behandeling word goed uiteengesit in die *Johnsons*-beslissing:

*“Each of one of these terms – certain, normal, particular – prevents the use of general subjective standards and favours an objective, verifiable requirement. But the most telling term is ‘occupational’; this indicates that these objective verifiable requirements must concern job-related skills and aptitudes ... By modifying ‘qualification’ with ‘occupational,’ Congress narrowed the term to qualifications that affect an employee’s ability to do the job.”*²⁰³

Dit volg uit bogaande dat die Hooggeregshof in die Verenigde State van Amerika Titel VII (waarin die verweer van “*bona fide occupational qualification*” – BFOQ vervat is) interpreteer as verteenwoordigend van ‘n beperkte (eng) uitsondering tot die algemene verbod teen diskriminasie in diensvereistes.²⁰⁴ Voorbeelde hiervan sluit in die beslissing in *Dothard v. Rawlinson* ²⁰⁵, waar die hof die uitsluiting steun van vrouens as tronkwagte (kontakposisies) in ‘n gevaarlike en ongeorganiseerde, slegs-manlike maksimum sekuriteitstronk, waar kondisies gekarakteriseer is deur erge geweld. Dit word egter beklemtoon dat diskriminasie gebaseer op geslag slegs geldig is waar die wese van die besigheidshandeling ondermyn sal word deur nie persone van een geslag eksklusief aan te stel nie.²⁰⁶

²⁰² Sien *International Union, Unitee Automobile, Aerospace & Agricultural Implement Workers of America, UAW v Johnson Controls, Inc.*, 113 L Ed 2d 158, 111 S Ct 1196 (1991). Sien ook *Dothard v Rawlinson*, 433 US 321, 53 L Ed 2d 786, 97 S Ct 2720 (1977) (BFOQ verweer vir geslagsdiskriminasie bestempel as “*extremely narrow*”).

²⁰³ *International Union, United Automobile, Aerospace & Agricultural Implement Workers of America, UAW v Johnson Controls, Inc.*, 113 L Ed 2d 158, 111 Ct 1196 (1991). Sien ook *Dothard v Rawlinson*, 433 US 321, 53 L Ed 2d 786, 97 S Ct 2720 (1977) (geslagsdiskriminasie slegs geldig waar die wese van die besigheid betrokke is).

²⁰⁴ *Dothard v Rawlinson*, 433 US 321, 53 L Ed 2d 786, 97 S Ct 2720 (1977). (Die hof verwys na die “EEOC” riglyne rondom geslagsdiskriminasie, wat bepaal dat die “*bona fide occupational qualification*” (bfoq) as uitsondering tot die vereiste van geslagsgelykheid, eng geïnterpreteer moet word. 29 CFR section 1604. 2(a)(1).

²⁰⁵ 433 US 321, 53 L E 2d 786, 97 S Ct 2720 (1977).

²⁰⁶ Die hof merk naamlik op dat: “[I]n the usual case, the argument that a particular job is too dangerous for women, may appropriately be met by the rejoinder that it is the purpose of Title VII to allow the individual woman to make that choice for herself...However, ...in a prison system where inmate access to guards is facilitated by dormitory living arrangements, where every institution is understaffed, and where a substantial portion of the inmate population is composed of sex offenders mixed at random with other prisoners, a woman’s ability to maintain order could be directly reduced by her womanhood.”

Hierteenoor is, in die omgekeerde beslissing van *Gunther v. Iowa State Men's Reformatory*²⁰⁷, die indiensneming van vrouens nie beskou as ondermynend van die tronkadministrasie nie, en bevind die hof dat redelike herorganisering van diensverantwoordelikhede die botsing tussen privaatbelange van die tronkbewoners en die gelykheidsbeginsel in Titel VII sal minimaliseer. Die hof merk op dat administratiewe noodsaaklikheid, en nie bloot administratiewe gerief nie, vereis word ten einde die "*bona fide occupational qualification*" (BFOC) te bevredig.²⁰⁸

In *Torres v. Wisconsin Department of Health & Social Services*²⁰⁹ het die hof beslis dat geslag 'n BFOQ was vir die posisie van korrektiewe beampte by 'n vroulike maksimum sekuriteitstronk. In die toepassing van die Dothard beginsels, beslis die hof dat die vraag in die vasstelling of geslag 'n BFOA is, gebaseer word op "*whether, given the reasonable objectives of the employer, the very womanhood or very manhood of the employee undermines his or her capacity to perform a job satisfactorily.*"²¹⁰

In *International Union, United Automobile, Aerospace & Agricultural Implement Workers of America, UAW v. Johnson Controls*²¹¹ is die argument verwerp dat fetale beskerming (waar 'n vroulike werknemer verwagting is) 'n BFOQ daarstel, en is beslis dat die BFOQ verweer beperk is tot kriteria wat die werknemer se vermoë om die werk te doen, affekteer. Die "veiligheids-uitsondering" soos erken in *Dothard v. Rawlinson* is bespreek, maar die hof merk op dat geslagdiskriminasie geduld is in *Dothard* nie weens die gevaar vir die vrou self nie, maar omdat geslag verwant was tot die wag se vermoë om die werk te doen – die handhawing van tronksekuriteit. Die hof beklemtoon ook die beginsel in *Dothard* dat 'n werkgever slegs bekommerd hoef te wees oor 'n vroulike werknemer se vermoë om haar werk veilig en effektief te doen, waar die nakoming van haar pligte in die werksplek negatief beïnvloed kan word deur gebrekkige vermoëns gekoppel aan haar geslag.²¹²

²⁰⁷ 612 F2d 1078 (CA8 1980), cert den 446 US 966 (1980).

²⁰⁸ Sien ook *Hardin v. Stynchcomb*, 691 F2d 1364 (CA11 1982) (Geslag naamlik nie 'n BFOQ vir poste in die manlike gedeelte van 'n tronk wat nie uittrek ondersoek of toesig van stort- of toiletgebruik vereis nie; verantwoordelikhede kan dus geherorganiseer word ten einde tronkinwoners se privaatheid te beskerm.) Sien ook *Timm v. Gunter*, 917 F2d 1093 (CA8 1990).

²⁰⁹ 859 f. 2D 1523 (7th Cir. 1988). Sien ook bespreking hieronder.

²¹⁰ Hier bevind die hof dat, gegee die doelwit van rehabilitasie in die onderhawige geval, dit noodsaaklik was (om die betrokke doelwit te bereik) dat vroulike tronkbewoners nie blootgestel sou word aan manlike persone in gesagsposisies gedurende die tydperk van rehabilitasie nie.

²¹¹ 113 L Ed 2d 158, 111 S Ct 1196 (1991)

²¹² Sien ook *Western Airlines Inc. v. Criswell* 472 US 400, 86 L Ed 2d 321, 105 S Ct 2743 (1987) (ADEA), waar beslis is dat 'n BFOQ betrekking moet hê op die sentrale missie van die werkgever se

Ten aansien van die hoë koste betrokke in die aanstelling van vrouens, word ook in *Johnson* beslis dat weiering om vrouens aan te stel weens die finansiële implikasie verbonde daaraan, nie 'n Titel VII verweer daarstel nie. Die hof merk egter tereg op dat, waar die koste so astronomies hoog sou wees dat dit die oorlewing van die besigheid sou bedreig, die interpretasie anders kan wees.²¹³

In *Chambers v. Omaha Girls Club, Inc.*²¹⁴ is die vereiste dat vroulike werknemers nie verwagting kan wees nie, beskou as 'n BFOQ in 'n private, nie-winsgewende organisasie wat tot stand gekom het met die doel om tienermeisies te help om hulle lewensgeleenthede te maksimaliseer. Daar is naamlik aangevoer dat die rolmodel-beginsel in 'n noue verwantskap gestaan het met die klub se fundamentele doel, en dat daar nie 'n werkbare alternatief was tot die beginsel nie. Die afwesigheid van swangerskap is ook in verskeie sake rondom die aanstelling van lugwaardinne as 'n BFOQ beslis.²¹⁵ Die Hooggeregshof het egter tereg in *Johnsons infra* beslis dat die veiligheid van 'n derde party (ongebore kind) slegs beskou is as 'n BFOQ omdat sodanige oorweging onontbeerlik is vir die veilige en effektiewe vervoer van passasiers. Lugwaardinne moet ten alle tye tot passasiers se diens kan wees, en noodsaak veiligheidsredes in 'n vliegtuig dat die risiko nie geneem kan word dat 'n lugwaardin mediese probleme gekoppel aan haar swangerskap in 'n vliegtuig ervaar wat die kontinuïteit van diens aan passasiers afskaal nie.²¹⁶

Die hof het ook in *Willingham v. Macon Tel. Pub. Co.*²¹⁷ 'n versorgingskode as 'n geldige BFOQ bevind, welke kode die indiensneming van mans (maar nie vrouens nie) met lang hare uitgesluit het. Die "beskermdde karakter beperking" is soos volg bewoord:

"Equal employment opportunity may be secured only when employers are barred from discriminating against employees on the basis of immutable characteristics,

besigheid. Die bekommernis rondom die welstand van die volgende generasie is beslis nie deel te vorm van die wese van die werkgewer se besigheid, nl. die maak van batterye, nie.

²¹³ Sien uitspraak van Regter White, soos ondersteun deur Hoof Regter Renquist en Regter Kennedy.

²¹⁴ *Chambers v Omaha Girls Club, Inc.*, 834 F2d 697 (CA8 1987).

²¹⁵ Sien bv. *Levin v Delta Air Lines, Inc.*, 730 F2d 994 (CA5 1984); *Harriss v Pan American World Airways, Inc.*, 649 F2d 670 (CA9 1980); *Burwell v Eastern Air Lines, Inc.*, 633 F2d 361 (CA4 1980), cert den 450 US 965 (1981); *Condit v United Air Lines, Inc.*, 558 F2d 1176 (CA4 1977), cert den 435 US 934 (1978).

²¹⁶ Sien ook *Western Airlines, Inc. v Criswell infra*, waar beslis is dat die ouderdomsbeperkinge op vlug-ingenieurs redelikerwys noodsaaklik is vir doeleindes van die werkgewer se besigheid, naamlik die veilige vervoer van passasiers.

²¹⁷ *Willingham v Macon Tel. Pub. Co.*, 507 F2d 1084 (CA5 1975).

*such as race and national origin. Similarly, an employer cannot have one hiring policy for men and another for women if the distinction is based on some fundamental right. But a hiring policy that distinguishes on some other ground, such as grooming codes or length of hair, is related more closely to the employer's choice of how to run his business than to equality of employment opportunity...[A] line must be drawn between distinctions grounded on such fundamental rights as the right to have children or to marry and those interfering with the manner in which an employer exercises his judgment as to the way to operate a business. Hair length is not immutable and in the situation of employer vis a vis employee enjoys no constitutional protection. If the employee objects to the grooming code he has the right to reject it by looking elsewhere for employment, or alternatively he may choose to subordinate his preference by accepting the code along with the job...Private employers are prohibited from using different hiring policies for men and women only when the distinctions used relate to immutable characteristics or legally protected rights."*²¹⁸

Dit volg uit bogaande uiteensetting dat, in die Verenigde State van Amerika, Titel VII diensdiskriminasie op grond van geslag verbied, tensy geslag 'n BFOQ daarstel. Duidelike forme van geslagsdiskriminasie word ook voorskriftelik geregleer:

- Organisasies wat verskillende morele standarde stel aan vrouens wat in buite-egtelike verhoudinge betrokke raak as mans wat hulle aan soortgelyke gedrag skuldig maak, sal onderwerp word aan Titel VII aanspreeklikheid.²¹⁹
- Organisasies wat verskillende bevorderings- of indiensnemingstandaarde toepas op mans en vrouens, gebaseer op hulle ouderdom of fisiese aantreklikheid, sal nie slaag met die BFOQ verweer nie.²²⁰
- Verbiedinge bestaan ten aansien van geslagsgebaseerde aanstellings- en bevorderingskriteria²²¹, tensy daardie kriteria bewys word 'n BFOQ daar te stel.²²²

²¹⁸ Ibid.

²¹⁹ Sien Smith et al, 1994: 318

²²⁰ Sien bv. International Union, United Automobile, Aerospace & Agricultural Implement Workers of America, *UAW v Johnson Controls, Inc.*, 113 L Ed 2d 158, 111 S Ct 1196 (1991) (diskriminerende fetale beskermingsbeleid); *Price Waterhouse v Hopkins* 490 US 228, 104 L Ed 2d 268, 109 S Ct 1775 (1989) (weiering van vennootskap); *Meritor Sav. Bank. FSB v Vinson*, 477 US 57, 91 L Ed 2d 49, 106 S Ct 2399 (1986) (seksuele teistering); *Phillips v Martin Marietta Corp.*, 400 US 542, 27 L Ed 2d 613, 91 S Ct 496 (1971) (weiering om in diens te neem).

Titel VII verbied ook verder handeling gebaseer op stereotype aannames rakende geslagsrolle²²³, insluitende aannames gebaseer op beskermde wetgewing.²²⁴ In hierdie verband beslis die Hooggeregshof in *Price-Waterhouse v. Hopkins* soos volg:

*"An employer who acts on the basis of a belief that a woman cannot be aggressive, or that she must not be, has acted on the basis of gender...We are beyond the day when an employer could evaluate employees by assuming or insisting that they matched the stereotype associated with their group...An employer who objects to aggressiveness in women but whose positions require this trait places women in an intolerable and impermissible Catch-22: out of a job if they behave aggressively and out of a job if they don't. Title VII lifts women out of this bind."*²²⁵

Dit volg ook uit bogaande aanhaling dat ook die meer subtiële vorme van geslagsdiskriminasie verbied word, naamlik:

- Implementering van geslagsgebaseerde werksvereistes wat ongelyke behandeling daarstel, waar die vereistes in geheel en eksplisiet gebaseer is op geslag, of op 'n ander, oppervlakkig neutrale kriteria (soos "aggressiveness in women").

²²¹ *Price Waterhouse v Hopkins*, 490 US 228, 104 L Ed 2d 268, 109 S Ct 1775 (1989); Sien ook 42 USC artikels 2000e-2(m).

²²² Sien *Dothard v Rawlinson*, 433 US 321, 53 L Ed 2d 786, 97 S Ct 2720 (1977) (geslag beslis 'n BFOQ vir posisie as wag in slegs-manlike sekuriteitstronk)

²²³ *Price Waterhouse v Hopkins*, 490 US 228, 104 L Ed 2d 268, 109 S Ct 1775 (1989) (weiering van indiensneming gebaseer op die volgende opmerkinge: "macho," "over-compensated for being a woman," "[needs] a course in charm school" and "[should] walk more femininely, talk more femininely, dress more femininely, wear make-up, have her hair styled, and wear jewelry"); Sien ook *Lindahl v Air France*, 930 F2d 1434 (CA9 1991) (manlike kandidaat beskou as "aggressive and cool," en vrouens as "nervous and emotional"); Sien ook *Weeks v Southern Bell Tel. & Tel. Co.*, 408 F2d 228 (CA5 1969) (argument is verwerp dat vrouens 'n werk geweier moet word wat vereis dat die persoon laat nagte alleen moet werk).

²²⁴ *Udall v Tallman*, 380 U.S. 1 (1965). Die Kommissie se regulasies [29 C.F.R. artikel 160(1)] bevestig dat wetgewing wat aanvanklik gepromulgeer is om bepaalde groeperinge te beskerm (bv. wetgewing wat vrouens verbied om sekere fisiese werk te verrig) in praktyk as diskriminerend vertolk word en onaanvaarbaar is. Sien ook *Weeks v Southern Bell Tel. & Tel. Co.*, 408 F2d 228 (CA5 1969) (statuut wat perke plaas op gewig wat deur vroulike werknemers gelig word); Sien ook *Manning v General Motors Corp.*, 3 GNA FEP Cas 968 (ND Ohio 1971), affd 466 F2d 812 (CA6 1972), cert den 410 US 946 (1973). Sien verder ook *California Federal Savings & Loan Ass'n v Guerra*, 479 US 272, 93 L Ed 2d 613, 107 S Ct 683 (1987) (Staat kan minimum voordele vir swanger werknemers voorsien, aangesien die statuut slegs die periode van werklike ongeskiktheid dek, en nie enige stereotiepe veralgemening van swangerskap en die vermoëns van swanger werknemers bevat nie).

²²⁵ *Price Waterhouse v Hopkins*, 490 US 228, 104 L Ed 2d 268, 109 S Ct 1775 (1989).

- Implementering van diskriminerende kriteria wat niet pertinent as 'n "Occupational Qualification" geformuleer is nie, maar 'n rol gespeel het in die oorweging van 'n kandidaat vir 'n posisie.²²⁶
- Geslagsgebaseerde stereotipering, wat nie direk skakel met werksprestasie of besigheidsnoodsaak nie.

Dit volg uit bogaande dat die noodsaaklikheid vir diskriminasie (gegrond op die normale werkinge en inherente aard van 'n besigheid) moeilik bewys sal word waar die betrokke diskriminerende kriteria:

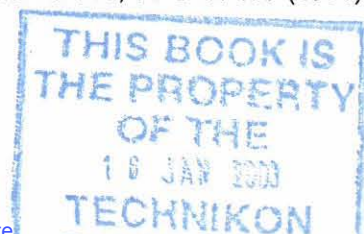
- inbreuk maak op 'n konstitusionele reg soos die reg op geslagsgelykheid, of
- gebaseer is op veralgemenings gebaseer op geslag, gestremdheid of ander erkende diskriminasiegrond.

Hierteenoor sal noodsaaklikheid vir diskriminasie (gegrond op die normale werkinge en inherente aard van 'n besigheid) makliker bewys word waar die betrokke diskriminerende kriteria nie 'n konstitusionele reg probeer aantast nie, en suiwer afgestem is op die wyse waarop 'n werkgewer sy besigheid wil bestuur.

Na aanleiding van die definisie van BFOQ (soos hierbo bespreek) word die volgende twee voorstelle gemaak ten einde die wettigheid van 'n BFOQ verweer te verseker:

- (i) Dat 'n werkgewer, na die *bona fide* identifisering van vereiste werksverwante kwaliteite, 'n geloofwaardige toets moet implementeer ten einde die betrokke kwaliteit te meet. Sodanige toets, indien billik geadministreer, behoort te voldoen aan die BFOQ standaard, aangesien dit die persoon vir die werk beoordeel en nie die persoon in die abstrak nie.
- (ii) Waar regstellende aksie programme deur 'n werkgewer ontwerp word om 'n geslagswanbelans te elimineer in tradisioneel gesegregeerde werkskategorieë, word aanbeveel dat die program wel as wettig beskou word. In hierdie opsig word die eliminerings van 'n geslagswanbelans as 'n noodsaaklikheid vir die voortbestaan van die besigheid beskou, en stel dit 'n geldige BFOQ vir aanstelling of bevordering daar.

²²⁶ Sien *Phillips v Martin Marietta Corp.* 400 US 542, 27 L Ed 2d 613, 91 S Ct 496 (1971), bespreek hieronder.



5.2. BONA FIDE OCCUPATIONAL QUALIFICATIONS EN BESIGHEIDSNODDSAAK

'n Ontleding van die ondergaande Amerikaanse hofbeslissings is noodsaaklik ten einde die aard en inhoud van die verweer van BFOQ, soos hierbo uiteengesit, as 'n uitgekristalliseerde vorm van besigheidsnoodzaak, te konkretiseer.

A PHILLIPS V MARTIN MARIETTA CORP.²²⁷

Analise van beslissing:

Die respondent (werkgewer) in hierdie saak het die applikant se aansoek om 'n betrekking van die hand gewys omdat hy nie aansoeke aanvaar het van vrouens met voorskoolse kinders nie. Die werkgewer het egter wel mans met voorskoolse kinders in diens geneem. Hierdie praktyk word as onbillik beslis, aangesien die teenwoordigheid van 'n BFOQ, redelikerwys noodsaaklik vir doeleindes van die normale operering van die werkgewer se besigheid, nie bewys kon word nie.

Die beginsel word bevestig dat persone met gelyke kwalifikasies gelyke indiensnemingsgeleenthede gegun moet word, ongeag hulle geslag. Daar kan nie een beleid vir mans en 'n ander beleid vir vrouens wees nie. Die werkgewer kan nie veralgemeen deur te verklaar dat vrouens met voorskoolse kinders familie-verantwoordelikhede het wat inbreuk maak op werksprestasie, en dat mans gewoonlik nie sodanige verantwoordelikheid het nie. 'n Werkgewer kan wel vereis dat al sy werknemers, sowel mans as vrouens, minimum prestasie standarde handhaaf. Tot dien effek kan hy vereis dat al sy werknemers, sowel mans as vrouens, voorsiening maak vir die versorging van hulle kinders sodat werksprestasie nie daardeur geaffekteer word nie.

Werkgewers mag gevolglik nie weier om 'n individu in diens te neem, gebaseer op stereotipe karakterisering van die geslagte nie.²²⁸ Selfs karakteriserings van die behoorlike huishoudelike rolle van die geslagte kan nie dien as rede vir die beperking van diensgelykheid nie. Die BFOQ verweer, soos geformuleer deur die "Equal Employment Opportunity Commission", is slegs van toepassing op werksituasies wat spesifieke fisiese

²²⁷ 400 U.S. 542 (1971).

²²⁸ Sien ook Equal Employment Opportunity Commission, Guidelines on Discrimination because of Sex, 28 C.F.R. artikel 160 (1)(1)(iii).

karaktereienskappe vereis, waaroor noodwendig slegs een geslag beskik.²²⁹ Waar spesifieke eienskappe van 'n individu dus betrokke is, ingesluit verwagte ouerskaprolle, kan diensgeleentheid slegs beperk word deur dienskriteria wat neutraal is tot die geslag van die individu.

Bespreking:

Ten einde suksesvol te wees met die verweer van BFOQ, volg dit uit bogaande beslissing dat die volgende elemente teenwoordig moet wees:

²²⁹ Sien *Udall v Tallman*, 380 U.S. 1 (1965). Die Kommissie se regulasies [29 C.F.R. artikel 160(1)] bepaal soos volg:

"Sex as a bona fide occupational qualification:

- A. *The Commission believes that the bona fide occupational qualification exception as to sex should be interpreted narrowly. Labels - "Men's jobs" and "Women's jobs" - tend to deny employment opportunities unnecessarily to one sex or the other.*
 - (1) *The Commission will find that the following situations do not warrant the application of the bona fide occupational qualification exception:*
 - (i) *The refusal to hire a woman because of her sex, based on assumptions of the comparative employment characteristics of women in general. For example, the assumption that the turnover rate among women is higher than among men.*
 - (ii) *The refusal to hire an individual based on stereotyped characterizations of the sexes. Such stereotypes include, for example, that men are less capable of assembling intricate equipment; that women are less capable of aggressive salesmanship. The principle of nondiscrimination requires that individuals be considered on the basis of individual capacities and not on the basis of any characteristics generally attributed to the group.*
 - (iii) *The refusal to hire an individual because of the preferences of co-workers, the employer, clients or customers except as covered specifically in subparagraph (2) of this paragraph.*
 - (iv) *The fact that the employer may have to provide separate facilities for a person of the opposite sex will not justify discrimination under the bona fide occupational qualification exception unless the expense would be clearly unreasonable.*
 - (2) *Where it is necessary for the purpose of authenticity or genuineness, the Commission will consider sex to be a bona fide occupational qualification, e.g. an actor or actress.*
- B. 1. *Many States have enacted laws or promulgated administrative regulations with respect to the employment of females. Among these laws are those which prohibit or limit the employment of females, e.g. the employment of females in certain occupations, in jobs requiring the lifting or carrying of weights exceeding certain prescribed limits, during certain hours of the night, or on more than a specified number of hours per day or per week.*
2. *The Commission believes that such State laws and regulations, although originally promulgated for the purpose of protecting females, have ceased to be relevant to our technology or to the expanding role of the female women on our economy. The Commission has found that such laws and regulations do not take into account the capacities, preferences, and abilities of individual females and tend to discriminate rather than protect. Accordingly, the Commission has concluded that such laws and regulations conflict with Title VII of the Civil Rights Act of 1961 and will not be considered a defense to an otherwise established unlawful employment practice or as a basis for the application of the bona fide occupational qualification exception."*

1. Die kwalifikasie moet redelikerwys noodsaaklik wees vir die normale operering van die betrokke besigheid.
2. Die beroepskwalifikasie mag nie die minimum prestasie standaard vervang of in plaas daarvan gebruik word nie.

Betreffende geslagsdiskriminasie in besonder, is die volgende uitsluitings opmerklik:

1. Waar geslagsdiskriminasie die gevolg is van die vereiste beroepskwalifikasie, moet die werksituasie spesifieke karaktereienskappe vereis, welke eienskappe slegs oor beskik word deur een van die geslagte.
2. Karakterisering van die huishoudelike rolle van die geslagte kan nie dien as 'n attribuut vir die beperking van diensgeleenthede nie.

B DIAZ V PAN AMERICAN WORLD AIRWAYS

Analise van beslissing

Pan American het 'n beleid geïmplementeer waardeur die aanstelling van kajuitopassers gereserveer is vir vrouens. Gegee die feit dat die doel van artikel 702 van die "Civil Rights Act" ondermeer is om gelyke toegang tot die werksmark vir sowel mans as vrouens te verseker²³⁰, het die hof die BFOQ uitsondering beperk (eng) geïnterpreteer en die praktyk as strydig met artikel 702 bevind.²³¹

Die vraag is of 'n werkgewer regmatig kan diskrimineer teen 'n groep slegs omdat sy werknemers, kliënte of klante teen die betrokke groepering diskrimineer. Die hof beslis dat kliëntevoorkeur nie 'n BFOQ daarstel nie²³², tensy dit redelikerwys noodsaaklik is vir die voortbestaan van die betrokke besigheid. 'n Aangename vlugatmosfeer is in die onderhawige geval bevind as nie noodsaaklik vir die wese van die besigheid, wat die veilige vervoer van passasiers is nie.

²³⁰ Sien ook *Weeks v Southern Bell Telephone and Telegraph Co.*, 5 Cir., 408 F.2d 228 op bladsy 235, waar bevind is dat die doel van die gelykberegtigingsartikel nie alleen insluit die optimale gebruik van arbeidsbronne nie, maar ook dat individue geleentheid gebied word om te ontwikkel as individue.

²³¹ Sien ook die "EEOC" riglyn wat 'n eng interpretasie voorstaan: 29 C.F.R. 1601.1(a).

²³² Sien ook die "EEOC" riglyn wat bepaal dat 'n BFOQ nie gebaseer behoort te word op "*the refusal to hire an individual because of the preferences of co-workers, the employer, clients or customers...*" 29 C.F.R. section 1604.1 (iii).

Gegee die feit dat die werkgewer wel standarde van prestasie en werksuitsette kan bepaal, kan paslike toelatingstoetse wel ingestel word ten einde die bevoegdheid van die applikante te meet, maar kan die werkgewer nie outomaties alle manlike applikante uitsluit nie.

Bespreking

Dit volg uit bogaande beslissing dat daar aan die volgende beginsels voldoen moet word in die daarstelling van 'n BFOQ verweer:

1. 'n Werkgewer kan nie regmatiglik diskrimineer teen 'n groep slegs omdat sy werknemers, kliënte of klante teen die betrokke groepering diskrimineer nie. Selfs waar die werkgewer se mark geraak word, kan "customer preference" nie as verweer gebruik word nie. "Customer preference" kan eers as 'n BFOQ kwalifiseer indien die werkgewer se mark "eksklusief" 'n bepaalde groepering betrek (wat ook eers as wettig bewys moet word), en indien die inhoudelike werksverwagtinge soos gekoppel aan die diens wat aan die betrokke groepering gelewer moet word, aanstelling van 'n persoon van 'n bepaalde geslag noodsaak.²³³
2. Diskriminasie gebaseer op geslag is geldig alleen wanneer die wese van die besigheid ondermyn sal word deur nie lede van een geslag eksklusief aan te stel nie.
3. Indien 'n bepaalde geslag uitgesluit is van 'n betrekking, moet persoonlike karaktereienskappe noodsaaklik tot die prestasie van die verwagte werknemer, gedefinieer word in terme van die applikant se geslag.
4. Besigheidsgerief mag nie geformuleer word in terme van besigheidsnoodsaak nie.

C TORRES V WISCONSIN DEPARTMENT OF HEALTH AND SOCIAL SERVICES²³⁴

Analise van beslissing

In hierdie beslissing het die hof die argument aanvaar dat die belang van rehabilitasie van seksueel misbruikte vroulike tronkbewoners dit regverdig dat slegs vroulike toesighouers in

²³³ Vergelyk *Fernandez v Wynn Oil Co.* 635 F. 2d 1273 (9th Cir. 1981)

²³⁴ 859 F. 2d 1523 (7th Cir. 1988).

die residensiële areas ontplooi moet word, en dat hierdie rehabilitasie vereiste as 'n BFOQ erken kon word. Alhoewel die hof 'n beleid gerig op die probleem van seksuele misbruik toegelaat het, kon dit nie binne die spektrum van die tradisionele diskriminasie leerstuk²³⁵ die verhouding tussen seksuele geweld en geslagsdiskriminasie aanspreek nie. Die Torres beslissing verbreed die vermoë van die werkgewers om geslagsbewuste beleide te implementeer, sonder om die reg tot geslagsongelykheid te beperk.

Die Distrikhof het die argument dat geslag 'n BFOQ vir die posisie was, verwerp, aangesien daar nie objektiewe getuienis gelewer is dat dit rehabilitasie sou bevorder word indien daar slegs vroulike tronkbewaarders in toesighoudende hoedanighede sou wees nie. Soortgelyk was daar ook nie getuienis aangevoer dat die plan sekuriteit sou verbeter of tronkinwoners se privaatheid beter sou beskerm nie.²³⁶

Die Hooggeregshof beslis dat, ten einde 'n geslagsgebaseerde vereiste te regverdig, die werkgewer moet aantoon dat dit sowel verwant is tot die wese van die besigheid as wat dit redelikerwys noodsaaklik is tot die operering van die besigheid.²³⁷ In die toepassing hiervan, is die besigheid van die werkgewer gedefinieer as die bestuur van 'n vroue maksimum sekuriteitstronk, en aanvaar die hof as legitiem die staat se doel van tronkbewoner-rehabilitasie. Dus, as direk verwant tot die wese van die besigheid, is die beleid in lyn bewys met die eerste deel van die toets. Die vereiste dat objektiewe bewys (deur middel van empiriese studies of andersins) van die rehabilitasie-behoefte gelewer moes word, is verwerp. In hierdie verband beslis die hof dat die beleid geëvalueer moes word op die basis van die totaliteit van die omstandighede, en dat substansiële gewig geheg moes word aan die oordeel van die tronkbeamptes.²³⁸

²³⁵ Sien Titel VII van die "Civil Rights Act" van 1964, wat werkgewers verbied om te diskrimineer op grond van ras, kleur, nasionale oorsprong, geslag en godsdienst. Sien ook regulering van die BFOQ verweer in 42 U.S.C. artikels 2000e tot 2000e-17 (1981) wat werkgewers toelaat om te differensieer op die basis van geslag wanneer "*reasonably necessary to the normal operation of the particular business or enterprise*".

²³⁶ Sien *Torres v Wisconsin Department of Health and Social Serv.*, 639 F. Supp. 271 (E.D. Wis. 1986) op bladsye 278-281.

²³⁷ Sien *ibid*, op bladsy 1527.

²³⁸ Sien *ibid*, op bladsye 1527-1532. Die meerderheid erken dat hersiening van dienspraktyke van die owerheid onder Titel VII minder respektvol is teenoor die owerheid as wat soortgelyke hersiening onder die veertiende amendement sou wees. Dit word egter gesuggereer dat, gegee die onsekerheid en probleme met empiriese bewys, die hof nie in geheel sy eie oordeel in die plek moes stel van die administrasie nie.

Bespreking

Die bewyslas rus op die werkgewer om die noodsaaklikheid van die BFOQ op 'n oorwig van waarskynlikheid aan te toon. Na my mening is die gebrek aan kwalitatiewe data en onsekerheid rondom die effektiwiteit van die beleid, aanduidend daarvan dat die werkgewer gefaal het om die noodsaaklikheid van geslagsdiskriminasie te bewys. Die toepassing van die omstandighede-toets en die toelating van diskriminasie op grond van 'n sogenaamde "experimental license", word ook nie beskou as in lyn met die vereiste van legitieme doelwitte nie.²³⁹

Die beslissing kan egter vertolk word as synde dat die hof verplig is om 'n werkgewer se eie opinie rondom die voordeel van geslag-segregasie te aanvaar. 'n Analise van die getuienis toon aan dat daar inderdaad nie eenstemmigheid onder deskundige getuies oor die voordele van segregasie bestaan het nie.²⁴⁰ Deurdat die werkgewer die betrokke doelwit geformuleer het, en verder die mening toegedaan was dat die betrokke beleid die doelwit sou bevorder, word 'n BFOQ erken. Die enigste ware diskresie wat die hof hier uitgeoefen het, is ten aansien van die legitemiteit van die doelwit. Dit word aan die hand gedoen dat die beginsel van "die doel heilig die middele" nie 'n gesonde benadering tot die BFOQ daarstel nie. Hierdie argument word ondersteun deur die feit dat die hof ook nalaat om veiligheidsmaatreëls in te bou of te vereis, ten einde te verseker dat die middele inderdaad die doel verwesenlik.

Die hof se toepassing van 'n meer diskresionêre standaard kan beskou word as 'n reaksie op die beperkte aard van die formele definisie van geslagsdiskriminasie as "*the unequal treatment of simimilarly situated men and women*".²⁴¹ Hierdie formele definisies het twee gebreke. In die eerste plek, wanneer mans en vrouens nie in 'n soortgelyke posisie bevind kan word nie (soos byvoorbeeld waar 'n vrou verwagting is en gevolglik meer kwesbaar is tot seksuele geweld) kan die definisie nie verskillende behandeling vir mans en vrouens as geslagsdiskriminasie klassifiseer nie. In die tweede instansie, deur differensiasie as diskriminasie te identifiseer, word regstellende aksie pogings ondermyn. Spesiale maatreëls

²³⁹ Sien *ibid*, bladsy 1534.

²⁴⁰ Sien *ibid*, bladsy 1534-37. Sien ook bespreking van die verantwoordelikheid van tronkbeamptes as insluitende "*rehabilitating, to the extent that human nature and inadequate resources allow, the inmates placed in their custody*" in *Procunier v Martinez*, 416 U.S. 396, 404 (1974).

²⁴¹ Sien *Geduldig v Aiello* 417 U.S. 484, 496-97 (1974).

(wat insluit bemagtigingsprogramme) behoort ingestel te kan word ten einde geslagsongelykhede te verbeter.

Alhoewel die BFOQ uitsondering erken dat eiesoortige behandeling tog, onder bepaalde omstandighede, nodig is, moet 'n BFOQ gebaseer wees op verskille wat beskou word as "werklik".²⁴² Die problematiek is geleë in die bepaling van watter verskille "werklik" is en watter bloot stereotipe veralgemenings is van die onderskeie geslagte.²⁴³ 'n Benadering wat geslagsdifferensiasie-beleide evalueer in terme van die wyer probleem van ongelikheid sou help om verby die eenvoudige probleem van irrasionele differensiasie te beweeg. Deur geslagsbewuste beleide (welke ten doel het om gelykheid te bevorder) toe te laat, terwyl geslagsdiskriminerende beleide (wat ondergeskiktheid versterk) geëlimineer word, sal daar myns insiens geslaag word met die doel om die fokus te verskuif vanaf geslagsdifferensiasie tot die bevordering van geslagsgelykheid.

Dit moet egter in gedagte gehou word dat die definiëring van geslagsverskille vir doeleindes van 'n geslagsensitiewe beleid, sonder inagneming van die relatiewe ekonomiese en sosiale omstandighede van mans en vrouens, daartoe mag lei dat geslagsongelykheid versterk kan word.²⁴⁴ Ten einde die doel van gelykheid te bevorder²⁴⁵, moet 'n geslagsbewuste beleid verder gaan as om slegs die aspek van differensiasie in te sluit. 'n Onderzoek rondom die magsverhoudinge wat vrouens se ondergeskikte posisie in die samelewing versterk, kan nie deur die beoordeling van differensiasie alleen suksesvol wees nie. Die doen van 'n behoorlike analise vereis naamlik 'n herbeoordeling van die konvensionele definisie van diskriminasie. Insteede daarvan om te fokus op die vraag of 'n

²⁴² Sien Torres 859 F.2d op bladsy 1527, waar aangedui is dat "*there are real as well as fictional differences between men and women*".

²⁴³ Sien ook *Bradwell v Illinois*, 83 U.S. (16 Wall.) 130, 141 (1972).

²⁴⁴ Weens die vrou se biologiese samestelling, kan sy meer vatbaar wees vir die moontlikheid van verkragting of ander seksuele misdrywe, maar sistemiese seksuele geweld teenoor die vrou is beslis 'n resultaat van 'n regsisteem wat misluk in die verpligting om behoorlike beskerming te bied aan vrouens. Hierdie gegewe word ook gestu deur die bestaan van sosiale norme wat vrouens definieer as seksueel toeganklik en ekonomies afhanklik. Sien ook *Meritor Sav. Bank v Vinson*, 477 U.S. 57, 63-69 (1986), waar seksuele geweld erken is as 'n vorm van seksuele diskriminasie, en waar bevind is dat die skepping van 'n vyandige werksomgewing onbillik was onder Titel VII.

²⁴⁵ Sien *Franks v Bowman Transp. Co.*, 424 U.S. 747, 763 (1976) waar die hof beslis dat Titel VII "*was intended to prohibit all practices... which create inequality in employment opportunity due to discrimination... and ... policy of outlawing such discrimination should have the 'highest priority'*". Sien ook *Patterson v Newspaper & Mail Deliverers' Union*, 384 F. Supp. 585, 593 (S.D.N.Y. 1974) waar die hof beslis dat Titel VII "*is an expression of a commitment to correct minority employment discrimination and, hopefully, the vast social consequences that flow from it and afflict the whole of the nation*".

werksvereiste onregverdiglik onderskei tussen mans en vrouens (gegee 'n vooropgestelde aanname van gelykheid), moet die hoewe die geslagsosialisering en seksuele dominasie direk ondersoek.

Indien die definisie van diskriminasie ook die aspek van seksuele dominasie in ag neem, behoort die vrou se kwesbaarheid tot seksuele geweld die ganse analise van geslagsongelykheid te raak, en nie bloot te dien as aanduidend van geslagsdiskriminasie nie. So aanvaar, sal geslagsdiskriminasie 'n wye verskeidenheid van sake insluit wat die vrou se posisie fundamenteel affekteer, *inter alia* seksuele teistering, prostitusie, beskerming van vrugbaarheid, verkragting en ander vorme van seksuele geweld.

Alhoewel daar saamgestem kan word met die uiteindelijke beslissing in *Torres*, word die motivering vir die beslissing nie ondersteun nie. Kwesbaarheid tot seksuele geweld is nie 'n ware verskil tussen die geslagte (soos beslis deur die hof) nie, maar affekteer kwesbaarheid tot seksuele geweld inderdaad die sosiale-, regs- en politieke status van vrouens, wat spesiale maatreëls noodsaak.

D PRICE WATERHOUSE V HOPKINS, 490 U.S. 228 (1989)²⁴⁶

Analise van beslissing

In hierdie saak is deur applikant beweer dat sy nie as vennoot in 'n rekenmeestersvennootskap aangestel is nie, op grond van onwettige diskriminasie teen haar op die basis van geslag. Haar diensrekord het aangetoon dat sy oor die nodige kwalifikasies en ervaring beskik het om bevorder te word as vennoot, maar dat sy nie oorweeg is vir bevordering nie op grond van haar geslag. Die hooggeregshof beslis dat, waar daar in 'n Titel VII saak bewys word dat geslag 'n rol gespeel het in 'n indiensnemings- of bevorderingsbesluit, aanspreeklikheid vermy kan word deur op 'n oorwig van waarskynlikhede aan te toon dat dieselfde besluit geneem sou word, selfs indien dit nie die geslag van die applikant in ag sou geneem het nie.

²⁴⁶ *Price Waterhouse v Hopkins* Certiorari 490 U.S. 228 (1989).

Bespreking

In hierdie saak interpreteer die Hooggeregshof die bewoording in Titel VII²⁴⁷ as synde dat geslag irrelevant tot die indiensnemingsbesluit moet wees. Tot dien effek neem die hof aan dat die geslagsfaktor teenwoordig was op die stadium van die besluit om die persoon nie in diens te neem nie, en beoordeel vervolgens of dieselfde besluit geneem sou gewees het indien die faktor afwesig was.

Dit is egter belangrik om in gedagte te hou dat Titel VII slegs een omstandigheid identifiseer waar 'n werkgever geslag as faktor in aanmerking kan neem in die maak van 'n indiensnemings- of bevorderingsbesluit; dit is naamlik wanneer geslag 'n BFOQ is, redelikerwys noodsaaklik vir die normale operering van die betrokke besigheid. Die afleiding is dat, in alle ander omstandighede, 'n persoon se geslag nie oorweeg mag word in die maak van besluite wat die persoon affekteer nie.²⁴⁸

Die werkgever se reg op vryheid van keuse word egter ook beskerm deur Titel VII, met die implikasie dat 'n werkgever nie aanspreeklik sal wees nie indien hy kan bewys dat besigheidsnoodsaak 'n rol gespeel het in '*ongelyke impak sake*', of dat legitieme, nie-diskriminerende redes teenwoordig was in '*ongelyke behandeling sake*'.²⁴⁹ Hierdie bewyslas kan noodwendig gekwyt word deur te fokus op kwalifikasies, eerder as op ras, geslag, geloof of nasionale oorsprong. In *Hopkins* word ook tereg aangedui dat persoonlikheid of karakter (welke nie gekoppel is aan die feit dat die persoon 'n vrou is nie) wel beoordeel kan word in die besluit of die persoon geskik is vir die werk. In hierdie verband moet die hof bepaal of die werkgever negatief gereageer het op haar persoonlikheid omdat sy 'n vrou is, en of die negatiewe reaksies gebaseer was op realiteit.

²⁴⁷ Die statuut verbied 'n werkgever "*to fail or refuse to hire or to discharge any individual, or otherwise to discriminate with respect to his compensation, terms, conditions, or privileges of employment, or to limit, segregate, or classify his employees or applicants for employment in any way which would deprive or tend to deprive any individual of employment opportunities or otherwise adversely affect his status as an employee, because of such individual's . . . sex*". Sien 42 U.S.C. 2000e-2(a)(1), (2).

²⁴⁸ Sien byvoorbeeld *Watson v Fort Worth Bank & Trust* 487 U.S. 977 (1988), waar beslis is dat 'n werkgever nie diensgeleenthede voorwaardelik mag maak aan die bevrediging van oppervlakkig neutrale toetse of kwalifikasies wat 'n disproportionele, nadelige impak het op lede van beskermde groeperinge nie, wanneer sodanige toetse of kwalifikasies nie vereis word vir die verrigting van die betrokke werk nie.

²⁴⁹ Sien *Texas Dept. of Community Affairs v Burdine*, 450 U.S. 248 (1981). Sien ook die benadering rondom kousaliteit soos bespreek in *Mt. Healthy City Bd. Of Ed. v Doyle* 429 U.S. 274 (1977).

Verder moet die werkgewer objektiewe getuienis aanvoer dat dieselfde resultaat sou geskied selfs indien die onwettige motivering nie gefigureer het nie.²⁵⁰

Titel VII maak ook daarvoor voorsiening dat 'n werkgewer nie voorkeurbehandeling hoef te gee aan werknemers of applikante van enige ras, kleur, geloof, geslag of nasionale oorsprong, ten einde 'n werksmag in balans met die algemene populasie te handhaaf nie. Ek wil aan die hand doen dat daar in hierdie verband onderskei moet word tussen die verskuiwing van die bewyslas na die werkgewer in 'n saak wat suiwer berus op statistiese bewys (soos in ongelyke impak sake) en die verskuiwing van die bewyslas in 'n saak soos *Hopkins*, waar 'n werknemer deur direkte getuienis aangedui het dat 'n illegitieme faktor 'n substansiële rol gespeel het in die betrokke indiensnemingsbesluit.²⁵¹

In my opinie, ten einde die verskuiwing van die bewyslas rondom kousaliteit na die verweerder te regverdig, moet 'n ongelyke-behandeling-klaer deur middel van direkte getuienis aantoon dat illegitieme kriteria 'n substansiële faktor in die besluit uitgemaak het. Hierna moet die redelike afleiding gemaak kan word dat die indiensnemingsbesluit geneem is suiwer op grond van die illegitieme kriteria. Slegs dan behoort die bewyslas na die verweerder te skuif ten einde te bewys dat die besluit wat geneem was wel geregverdig sou kon word deur ander, ten volle legitieme, oorwegings.

Dit volg uit die bogaande uiteensetting dat die kompleksiteit van die werksplek en die inherente gelykheidsbehoefte van die gemeenskap nie beperk kan word deur 'n analise van slegs indiensnemingspraktyke nie. Ten einde diensgelykheid (ten aansien van vrouens) ten volle in die werksplek aan te spreek, word 'n diepgaande studie (wat nie binne die parameters van hierdie proefskrif sorteer nie) van die volgende temas geïdentifiseer:

- organisatoriese kultuur;

²⁵⁰ Sien 100 Cong.Rec. 7254 (1964) en die tradisionele beslissing in *Summers v Tice*, 33 Cal. 2d 80, 84-87, 199 P.2d 1, 3-4 (1948). Sien ook *Albermarle Paper Co. v Moody*, 422 U.S. 405 417-418 (1975).

²⁵¹ Sien *Trans World Airlines, Inc. v Thurston*, 469 U.S. 111 121(1985). Sien soortgelyke beslissings in *East Texas Motor Freight System, Inc. v Rodriguez*, 431 U.S. 395. 403-404, n. 9 (1977) en *Bell v Birmingham Linen Service*, 715 F.2d 1552, 1556 (CA1 1983); Sien ook *Fields v Clark University*, 817 F.2d 931, 935-937 [490 U.S. 228.27 (CA1 1987) (waar sterk getuienis gelei is dat seksistiese houdings indiensnemingsbesluite geaffekteer het); *Thompkins v Morris Brown College*, 752 F.2d 558, 563 (CA1 1985) (waar direkte getuienis van diskriminerende bedoelings in die besluit om professor te ontslaan die bewyslas op die verweerder geplaas het); Sien ook soortgelyke beslissing in *Mentor Savings Bank v Vinson*, 477 U.S. 57 63-69 (1986).

- strategiese bestuursprosesse;
- ondersteunende algemene diensbeleide en –praktyke;
- spesifieke rekruteringsinisiatiewe vir vrouens;
- spesifieke loopbaanontwikkelings-inisiatiewe vir vrouens;
- organisatoriese ondersteuningstrukture met betrekking tot teistering.

E GRIGGS ET AL. V DUKE POWER CO.²⁵²

Analise van beslissing:

In hierdie saak het swart werknemers die legitimiteit van die werksvereiste van 'n hoërskool diploma of die slaag van 'n intelligensie toets betwis. Daar is beweer dat hierdie vereistes nie daarop gemik was om die vermoë te meet van 'n applikant om 'n bepaalde werk of kategorie van werk te leer doen nie.²⁵³

Die Hooggeregshof beslis dienooreenkomstig dat Titel VII van die "Civil Rights Act" 1964 die eliminerende vereis van kunsmatige, arbitrêre en onnodige struikelblokke tot indiensneming, welke struikelblokke diskrimineer op die basis van ras. Daar is verder beslis dat, indien daar 'n dienspraktyk in plek is wat tot effek het dat swart persone (Negers in die onderhawige saak) uitgesluit word, sonder dat verwantheid tot diensprestasië aangetoon kan word, sodanige praktyk verbied word, ongeag die werkgewer se gebrek aan diskriminerende bedoeling.²⁵⁴ Op hierdie gronde word die betrokke werksvereistes by Duke Power Co. as onbillike diskriminasie bestempel.

Volgens die Hooggeregshof sluit Titel VII van die "Civil Rights Act" 1964 nie die gebruik van toetsings- of metingsprosedures uit nie. Volgens die hof kan sodanige prosedures egter nie misbruik word ten einde aanstellings te manipuleer nie, tensy die prosedures gebaseer is op die meting van prestasie ten opsigte van noodsaaklike werksvereistes nie.²⁵⁵

²⁵² 401 U.S. 424 (1971).

²⁵³ Artikel 703(a) van Titel VII van die Civil Rights Act 1964 (die Wet) bepaal: "[i]t is an unlawful employment practice for an employer to limit, segregate, or classify employees to deprive them of employment opportunities or adversely to affect their status because of race, colour, religion, sex, or national origin".

Hierteenoor magtig artikel 703(h) van die Wet die "use of any professionally developed ability test, provided that it is not designed, intended, or used to discriminate."

²⁵⁴ 401 U.S. 424, 429-433 (1971).

²⁵⁵ 401 U.S. 424, 425, 433-436 (1971).

Bespreking

Dit blyk dat, ten spyte van sterk bewyse dat die Amerikaanse Kongres bedoel het om werkgewers slegs aanspreeklik te hou vir direkte diskriminasie²⁵⁶, die Hooggeregshof in hierdie saak beslis het dat Titel VII ook die ongelyke impak aksiegrond magtig. Die verbod om meetinstrumente kontrolerende mag te gee, behoort egter nie geïnterpreteer te word as synde 'n bevel om voorkeur te gee aan minder goed gekwalifiseerde persone bloot weens sodanige persone se lidmaatskap aan 'n beskermde groepering nie.²⁵⁷ Die Amerikaanse Kongres het inteendeel ten doel gehad om dienskwalifikasies die kontrole faktor te maak, sodat ras, godsdiens, nasionaliteit en geslag irrelevant word. Toetse rondom dienskwalifikasies moet die persoon vir die werk meet en nie die persoon in die abstrak nie.²⁵⁸

Volgens die interpretasie gegee deur die Hof in *Griggs*, verbied Titel VII nie alleen direkte diskriminasie nie, maar ook neutrale dienspraktyke wat 'n ongelyke impak het op werknemers uit beskermde groeperinge, tensy sodanige praktyke geregverdig word deur besigheidsnoodsaak.²⁵⁹ Hierdie interpretasie is van belang, aangesien ongelyke impak beginsels ook geïnkorporeer is tot die ADA 1990 en die "Rehabilitation Act" 1973 (soos gewysig deur 29 U.S.C. artikel 794a(a)(1)).²⁶⁰

In *Griggs* het die werkgewer 'n langstaande onbillike indiensnemingspraktyk gestaak deur die beroepsvereiste van 'n hoërskool diploma of die slaag van intelligensietoets in te stel. Nie die hoërskool diploma of die intelligensietoets het 'n duidelike verband met die suksesvolle verrigting van die take in die pos getoon nie, en geen betekenisvolle studie was gedoen van die verwantskap met werksprestasie vermoë nie. Die gevolg van die

²⁵⁶ Sien Harvard Law Review Association, 1993: 896-913. Sien ook soortgelyke bespreking ten aansien van seksuele teistering deur Greenlaw PS, 1992: 164-171.

²⁵⁷ Sien *Maxwell v City of Tucson*, 803 F.2d 444 (9th Cir. 1986). Sien ook *Covington v Southern Illinois University*, 816 F.2d 317, (7th Cir. 1987); *E.E.O.C. v Penney*, 843 F.2d 249 (6th Cir. 1988); *Fallon v State of Illinois*, 882 F. 2d 1206 (7th Cir. 1989).

²⁵⁸ Sien Sauls JG, 1995, 26-27. Sien ook soortgelyke bespreking in Schofield, 1993: 27-32 rondom standaarde in werksure. Sien verder ook bespreking van die bedoeling van die Kongres in *United States v Wichita Falls*, 704 F. Supp. 709 (N.D. Tex. 1988).

²⁵⁹ *Griggs et al v Duke Power Co.* supra, op bladsy 432. Sien ook bespreking deur Elane J, 1989: 419-120.

²⁶⁰ Sien Smith AB, 1994: 697-698. Sien ook die toepassing van die ongelyke impak teorie in aanklagte van ouderdomsdiskriminasie in *Abbott v Federal Forge, Inc.*, 912 F2d 867 (CA6 1990), terwyl die Hooggeregshof steeds onseker is oor die toepassing van die ongelyke impak teorie onder die ADEA, soos geïllustreer in *Hazen Paper Co v Biggins*, 123 L Ed 2d 338, 113 S Ct 1701, 61 BNA FEP Cas 793 (1993).

onderhawige beroepsvereiste was dat swart applikante teen 'n substansieel hoër koers gediskwalifiseer is as blanke applikante.

Oënskynlik neutrale praktyke wat 'n ingeboude struikelblok vir persone uit beskermd groeperinge bevat, wat nie die beginsel van besigheidsnoodsaak verreken nie, en wat daarby nie relevant is tot die meting van werksvermoë nie, word volgens hierdie beslissing beskou as 'n oortreding van Titel VII, ongeag die werkgewer se goeie bedoelings of afwesigheid van diskriminerende bedoelings:

"The objective of Congress in the enactment of Title VII is plain from the language of the statute. It was to achieve equality of employment opportunities and remove barriers that have operated in the past to favor an identifiable group of white employees over other employees. Under the Act, practices, procedures, or tests neutral on their face, and even neutral in terms of intent, cannot be maintained if they operate to "freeze" the status quo of prior discriminatory employment practices". ²⁶¹

F ALBEMARLE PAPER CO. V MOODY²⁶²

Analise van beslissing:

In hierdie saak is verligting aangevra vir die diskriminerende beleide, praktyke en gebruike by die werksplek van Albemarle Paper Co. Die werkgewer het voor-indiensnemings toetse (verbale en nie-verbale intelligensie toetse) ingestel ten einde die potensiaal van applikante te beoordeel, en ook die minimum kwalifikasie van 'n hoërskool diploma vereis. Indien applikante nie hierdie toetse sou slaag nie, sou hulle ook nie kwalifiseer vir die werk nie. Daar is aangevoer deur die werkgewer dat die inhoudelike van die toetse direkte verband getoon het met die tipe vaardighede waarvoor die suksesvolle applikant sou moes beskik ten einde sy werkstake te kon verrig na aanstelling.²⁶³

Die hof beslis dat die evalueringstoets van Albermarle wesenlik defektief is deurdat die standaard soos geformuleer in *Griggs* en in die EEOC riglyne nie aan voldoen is nie. Toetse vir indiensneming is naamlik ontoelaatbaar, tensy daar deur middel van

²⁶¹ *Griggs v Duke Power Co.*, 401 US 424, 28 L Ed 2d 158, 91 S Ct 849 (1971).

²⁶² 422 u.s. 405 (1975).

²⁶³ *Griggs v Duke Power Co.*, supra, 422-423.

professsioneel aanvaarbare metodes aangedui word die toetse is: *"predictive of or significantly correlated with important elements of work behavior which comprise or are relevant to the job or jobs for which candidates are being evaluated."*²⁶⁴

Bespreking

Die streng standaard wat opgelê is in *Griggs*, plaas in hierdie saak 'n swaar las op werkgewers om hulle dienspraktyke te regverdig. Die noodsaaklikheid van die praktyk, moet naamlik deur die werkgever bewys word deur aan te toon dat die praktyk essensieel is tot die operasie van die besigheid. *Spiropoulos* dui tereg aan dat min werkgewers in staat sal wees om aan te dui dat hulle beroepsvereistes absoluut essensieel is tot die bedryf van die besigheid.²⁶⁵

Die belangrike vraag vir doeleindes van hierdie studie is geleë in die onsekerheid rondom die aard en inhoud van legitieme voor-indiensnemings toetse. Watter getuienis moet die werkgever naamlik aanvoer ten einde bewys dat voor-indiensnemingstoetse, wat 'n diskriminerende effek het (alhoewel dit nie die bedoeling is nie), voldoende beroepsverwant is ten einde 'n eis van diskriminasie suksesvol teen te staan?

Die Verhoorhof het beslis dat die verweerder sy bewyslas gekwyt het deurdadig dat die voor-indiensnemingstoetse (d.i. die 'Wonderlic' verbale en 'Beta' nie-verbale intelligensie toetse) gevalideer is en as beroepsverwant beslis is. Aangesien die voor-indiensnemingstoetse egter tweeledig was, en die primêre toets (d.i. die vereiste van 'n hoërskool diploma) nie as noodsaaklik beskou is nie, beslis die Appèlhof dat goeie bedoelinge irrelevant en die primêre toets diskriminerend is:

*"it was error to approve a validation study done without job analysis, to allow Albemarle to require tests for 6 lines of progression where there has been no validation study at all, and to allow Albemarle to require a person to pass two tests for entrance into 7 lines of progression when only one of those tests was validated for that line of progression."*²⁶⁶

²⁶⁴ Ibid, 425-435.

²⁶⁵ Spiropoulos AC, 1996: 1483

²⁶⁶ 422 U.S. 405, 138 (1975). Sien ook EEOC regulasies 29 CFR 1607.1 (c) wat deur die Appèlhof as 'n werkbare stel standarde geïmplementeer is in die bepaling of seleksieprosedures konformeer

Dit is vir doeleindes van hierdie vergelykende studie belangrik om vervolgens ag te slaan op die bedoeling van Titel VII. Die doelwitte van Titel VII word netjies verwoord in die inlywingsrede tot die "Equal Employment Opportunity Act" van 1972 deur Senator *Williams*:

*"The provisions of this subsection are intended to give the courts wide discretion exercising their equitable powers to fashion the most complete relief possible. In dealing with the present section 706 (g) the courts have stressed that the scope of relief under that section of the Act is intended to make the victims of unlawful discrimination whole, and that the attainment of this objective rests not only upon the elimination of the particular unlawful employment practice complained of, but also requires that persons aggrieved by the consequences and effects of the unlawful employment practice be, so far as possible, restored to a position where they would have been were it not for the unlawful discrimination."*²⁶⁷.

Dit volg dat, waar onbillike diskriminasie bewys word, uitvoering gegee moet word aan die sentrale statutêre doel van die wetgewing, naamlik die eliminerende van diskriminasie en die akkommodasie van persone wat deur historiese diskriminasie benadeel is. Titel VII beoordeel dus nie goeie motiewe nie²⁶⁸, aangesien *"Congress directed the thrust of the Act to the consequences of employment practices, not simply the motivation."*²⁶⁹

Indien die werknemer gevolglik *prima facie* bewys dat die betrokke dienspraktyk diskriminerend is, sal die werkgever geleentheid gegun word om te bewys dat die diskriminerende praktyk wel beroepsverwant is. Die werknemer kan egter op hierdie stadium aandui dat daar ander toetse of selekteringsmeganismes bestaan, sonder 'n soortgelyk diskriminerende effek, wat die legitieme belange van die werkgever ook sal

met die gelykheidsverpligtinge in Titel VII. Sien egter *Moragne v States Marine Lines*, 398 U.S. 375, 405 (1970) waar rigiditeit in gelykheidsmaatreëls gekritiseer is: *"Equity eschews mechanical rules...[and] depends on flexibility."*

²⁶⁷ 118 Cong. Rec. 7168 (1972). Sien ook beskrywing van die historiese doel van gelykheid as *"to secur[e] complete justice"*, in *Brown v Swann*, 10 Pet. 497, 503 (1836); Sien ook *Porter v Warner Holding Co.*, 328 U.S. 395, 397-398 (1946) vir soortgelyke bespreking.

²⁶⁸ Verwarring met, of buite konteks toepassing van statuut 42 U.S.C. 2000e-12(b) mag nie geskied nie. Sien ook soortgelyke bespreking van goeie motiewe ten aansien van kollektiewe onderhandelinge deur Chicoine JP, 1992: 264

²⁶⁹ *Griggs v Duke Power Co.*, 401 U.S., at 432. Sien ook *Watson v City of Memphis*, 373 U.S. 526, 535 (1963); *Wright v Council of City of Emporia*, 407 U.S. 451, 461-462 (1972).

dien. Indien hierdie bewyslas gekwyd word, sal die afleiding noodwendig wees dat die werkgewer se praktyk bloot 'n skyn vir diskriminasie daargestel het.²⁷⁰

Hierdie redenasie is in lyn met die EEOC Regulasies, wat beskou word as die administratiewe interpretasie van Titel VII, en as sodanig gerespekteer moet word.²⁷¹ In besonder bepaal die EEOC Regulasies dat "[d]ata must be generated and results separately reported for minority and nonminority groups wherever technically feasible."²⁷² Die implikasie is dat gedifferensieerde validering ten aansien van rassegroepering, soos in *Albermarle*, ontoelaatbaar is, maar dat rapportering van resultate wel gedifferensieerd moet geskied. Monitering van die impak van 'n betrokke toets of toelatingskriteria word hierdeur bevorder.²⁷³

G WASHINGTON V DAVIS²⁷⁴

In hierdie saak is aangevoer dat die rekruteringsprosedures van die Columbia Polisie Departement rassidiskriminasie daargestel het, deurdat dit 'n skriftelike toets (gebaseer op die kennis wat 'n persoon oor moet beskik ten einde te kan kwalifiseer vir die werk) vereis het wat na bewering geen verwantskap getoon het tot werksprestasie nie en 'n disproporsionele hoë aantal swart applikante (Negers) in praktyk gediskwalifiseer het. Die hof beslis egter dat die toets nie diskriminasie daarstel nie, en inderdaad gebaseer is op besigheidsnoodsaak.

²⁷⁰ 422 U.S. 405, 801, 804-805 (1975). Sien ook *McDonnell Douglas Corp. v Green*, 411 U.S. 792, 802 (1973).

²⁷¹ Sien 29 CFR 1607.4 (c), waarvolgens diskriminerende toetse ontoelaatbaar is tensy daar, by wyse van professioneel aanvaarbare metodes, aangedui word dat die toetse voorspelbaar is van of voldoende korreleer met die belangrike elemente van werksgedrag, welke deel uitmaak van of relevant is tot die pos(te) waarvoor kandidate geëvalueer word. Sien ook *Griggs v Duke Power Co.*, 401 U.S., at 433-434, en *Espinoza v Farah Mfg. Co.*, 414 U.S. 86, 94 (1973).

²⁷² 29 CFR 1607.5 (b).

²⁷³ Sien 29 CFR 1607.5(b)(1):

"If it is not technically feasible to include minority employees in validation studies conducted on the present work force, the conduct of a validation study without minority candidates does not relieve any person of his subsequent obligation for validation when inclusion of minority candidates becomes technically feasible."

Sien ook 29 CFR 1607.5 (b)(5):

". . . [E]vidence of satisfactory validity based on other groups will be regarded as only provisional compliance with these guidelines pending separate validation of the test for the minority group in question."

²⁷⁴ *Washington v Davis* 426 u.s. 229 (1976)

Volgens die Hooggeregshof kan die standarde van toepassing op Titel VII sake nie gebruik word om die vyfde Amendement te omseil nie. Die hof in *Washington v. Davis* beslis in hierdie verband soos volg:

- (i) Alhoewel die “due process clause” van die vyfde Amendement ‘n gelyke beskermingskomponent bevat wat rasdiskriminasie deur die regering verbied, is dit nie die implikasie dat ‘n wet of ander amptelike handeling onkonstitusioneel is bloot omdat dit ‘n disproporsionele rasimpak het of ‘n rasdiskriminerende doel reflekteer nie. Regverdiging vir die handeling moet ondersoek word.
- (ii) Die Grondwet verbied die regering nie om toetse in te stel ten einde die kommunikasie vaardighede van werknemers op te gradeer waar die werk spesiale verbale en skriftelike vaardighede vereis nie; swart of blanke persone kan ook nie hulle druipe van ‘n vaardigheidstoets toeskryf aan onbillike diskriminasie nie.
- (iii) Die disproporsionele impak van die toets wat deur die werkgewer in *Washington v. Davis* gebruik is, welke op sigwaarde neutraal voorkom, moet eers bewys word alvorens die konklusie gemaak kan word dat die toets ‘n doelbewuste diskriminerende instrument is.
- (iv) Die rigiede statutêre standaard van Titel VII vereis ‘n meer indringende judisiële hersiening van, en minder respek vir, die skynbaar redelike handelinge van bestuurders as wat geskik is onder die Grondwet, waar, soos in hierdie saak, spesiale rasse impak, maar nie diskriminerende doel nie, beweer word. Enige uitbreiding van daardie statutêre standaard behoort slegs by wyse van wetgewing te geskied.²⁷⁵

Volgens die Hooggeregshof is dit verder voldoende om aan te toon dat die betrokke toets direk verwant is tot die vereistes van die polisie opleidingsprogram, en dat ‘n positiewe verband bestaan tussen die toets en die program. Die moontlike verwantskap tot werklike prestasie van polisiebeamptes hoef nie ook aangetoon te word nie.²⁷⁶

Bespreking

Dit is opmerklik dat geen eis van “direkte” of “doelbewuste” diskriminasie gedien het nie.

²⁷⁵ *Washington v Davis* 426 u.s. 229 (1976), p. 238-248

²⁷⁶ *Ibid*, p. 248-252

Die argument voor die Distrikhof was bloot dat die toets geen verwantskap tot werksprestasie gehad het nie, en 'n hoogs diskriminerende impak op swart kandidate daargestel het.

Volgens die Hooggeregshof is die sentrale doelwit van die Gelyke Beskermingsklousule van die Veertiende Amendement geleë in die voorkoming van amptelike gedrag wat diskrimineer op die basis van ras. Dit word ook nie betwis dat die "due process clause" van die vyfde amendement 'n gelyke beskermingskomponent bevat wat die Verenigde State verhoed om te diskrimineer tussen individue en groepe nie. 'n Wet of ander amptelike handeling moet egter, met verwysing na 'n rasdiskriminerende doel, onkonstitusioneel beskou word bloot omdat dit 'n disproporsionele rasse impak het.²⁷⁷

Aangesien die grondwetlike standaard dus nie dieselfde is as die standaard vereis om 'n Titel VII klag te bewys nie, word die gedagte ondersteun dat die hof hom nie moet bemoei met die werkgewer se moontlike diskriminerende doelwitte nie, maar slegs moet fokus op die ongelyke rasse impak van die betrokke praktyk.²⁷⁸ Die werknemer kan egter nie aanvoer dat 'n handeling, neutraal op gesigswaarde en doelmatig binne die bevoegdhede van die werkgewer, ongeldig is bloot omdat dit 'n groter proporsie van een ras as 'n ander affekteer nie. Disproporsionele impak is nie irrelevant nie, maar dit is ook nie die enigste toets vir die bepaling van rassediskriminasie soos verbied deur die betrokke wet nie.²⁷⁹

Dit volg uit bogaande bespreking dat, deur die eng benadering te volg van die hof in *Washington*, die werkgewer twee primêre bewysmaatreëls by 'n rekruteringstoets moet respekteer:

²⁷⁷ Sien ook *Bolling v Sharpe*, 347 U.S. 497 (1954) ten aansien van die bedoeling van die "due process clause" van die vyfde amendement. Sien ook *Akins v Texas*, 325 U.S. 398, 403-404 (1954) rondom die aanstelling en uitsluiting van persone uit bepaalde rassegroeperinge as juriesede. Sien ook bespreking van die sistemiese uitsluiting van persone uit bepaalde rassegroeperinge en die bewys van direkte diskriminasie, soos gevind in *Alexander v Louisiana*, 405 U.S. 625, 628-629 (1972); *Carter v Jury Comm'n*, 396 U.S. 320, 335-337, [426 U.S. 229, 240] 337, 339 (1970); *Cassell v Texas*, 339 U.S. 282, 287-290 (1950); *Patton v Mississippi*, 332 U.S. 463, 468-469 (1947).

²⁷⁸ Sien *Alexander*, supra, at 632. Sien ook *Turner v Fouche*, 396 U.S. 346, 361 (1970); *Eubanks v Louisiana*, 356 U.S. 584, 587 (1958).

²⁷⁹ In *Alexander*, supra, op bladsy 632, beslis die hof ten aansien van 'n soortgelyke standpunt in hierdie verband dat "[disproporsionate impact]...standing alone, it does not trigger the rule that racial classifications are to be subjected to the strictest scrutiny and are justifiable only by the weightiest of considerations."

- (i) Die rekruteringstoets moet die neutrale en legitieme doel dien om van alle applikante vir die betrokke pos (of soortgelyke poste) te verwag om dieselfde minimum standaard in die betrokke vaardigheid (bv. kommunikasie of tik) te hê; en
- (ii) Hierdie vaardigheid moet daadwerklik relevant wees tot die wese van die werkgewer se besigheid.

H CONNECTICUT ET AL. V TEAL ET AL.²⁸⁰

Analise van feite

Swart werknemers van 'n Connecticut regeringsagentskap is voorwaardelik bevorder tot toesighouers. Ten einde permanente status as toesighouers te bekom, moes die betrokkenes deelneem aan 'n seleksie prosedure wat die slaag van 'n geskrewe eksamen vereis het. Hierdie eksamen is gebied aan 48 swart- en 259 blanke kandidate. Vyf-en-veertig % van die swart kandidate het geslaag - ongeveer 68% van die slaagkoers van die blanke kandidate. Deurdat die swart werknemers die eksamen gedruip het, en sodoende uitgesluit was van verdere oorweging in permanente toesighouersposisies, het hulle 'n aksie ingestel op grond van die beweerde skending van Titel VII van die "Civil Rights Act". Die werknemers het aangevoer dat die geskrewe toets nie werksverwant was nie en disproporsioneel swart persone uitgesluit het. Hangende die geding, het die werkgewer egter bevorderings uit die benoemde lys gemaak, met die globale gevolg dat 22,9% van die swart kandidate bevorder is, maar slegs 13,5% van die blanke kandidate. Die werkgewer het aangedui dat hierdie besluit meer gunstig was teenoor swart persone as blankes, en so 'n absolute verweer teen die aksie daargestel het.

Die Hooggeregshof beslis egter dat die werkgewer se bevoordeling van swart werknemers tot toesighouers (ongeag dat hulle nie die toets geslaag het nie) nie die werknemers kon verhinder om 'n prima facie saak daar te stel nie, en dat hierdie optrede van die werkgewer nie 'n verweer tot die prima facie saak konstateer nie.²⁸¹

²⁸⁰ 457 U.S. 440 (1982)

²⁸¹ Ibid, op 445-456.

- (i) Die werknemers se eis van ongelyke impak vanweë die verpligte eksamen, stel 'n prima facie saak van diensdiskriminasie onder 703(a)(2) van Titel VII daar.²⁸² Titel VII waarborg hierdie individuele swart werknemers die geleentheid om gelyk met blanke werknemers te kompeteer ten einde aan te toon dat hulle aan die beroepsverwante kriteria voldoen. Die eksamen in geskil mag nie 'n kunsmatige, arbitrêre of onnodige struikelblok vir bevordering daarstel nie.²⁸³
- (ii) Ten spyte van die bepalinge van artikel 703(h) van Titel VII, word 'n nie-beroepsverwante toets, wat 'n ongelyke impak het, beskou as ongeregverdigde diskriminasie, ongeag die bedoeling van die werkgever.²⁸⁴
- (iii) Artikel 703(a)(2) fokus op die beskerming van die individuele werknemer, eerder as die minderheidsgroep as geheel. Onwettige diskriminasie moet nie verwar word met diskriminerende bedoeling nie. Die feitelike vraag rondom bedoeling is irrelevant in hierdie saak, en moet die diskriminasie teenoor die swart werknemers op die basis van die werkgever se bevoordelende behandeling van ander werknemers van hierdie rassegroep regverdig word. Daar kan naamlik nie gediskrimineer word teen individuele werknemers, omdat die werkgever ander lede van die betrokke rassegroep gunstig behandel nie.²⁸⁵

Bespreking

Dit dien vermelding dat hierdie saak die kritieke verskil tussen bewys van diskriminasie in "ongelyke behandeling" sake, teenoor "ongelyke impak" sake vertroebel. Ek motiveer soos volg:

Soos hierbo aangedui, moet daar vir doeleindes van die daarstelling van 'n prima facie ongelyke impak saak aangedui word, by wyse van statistiek of andersins²⁸⁶, dat die praktyk 'n substansieel disproporsionele onderverteenwoordiging van statutêre beskermde persone

²⁸² Volgens artikel 703(a)(2) is dit 'n onwettige dienspraktyk vir 'n werkgever "to limit, segregate, or classify his employees in any way which would deprive any individual of employment opportunities because of race, colour, religion, sex, or national origin."

²⁸³ Sien 457 U.S. 440, 445-451 (1982)

²⁸⁴ Ibid, 451-452.

²⁸⁵ Ibid, 452-456.

²⁸⁶ Die rol van statistiek is bespreek in *International Brotherhood of Teamsters v United States*, 431 US 324, 52 L Ed 2d 396, 97 S Ct 1843 (1977); *Wards Cove Packing Co. Inc., v Atonio*, 490 US 642, 104 L Ed 2d 733, 109 S Ct 2115 (1989); *Dothard v Rawlinson*, 433 US 321, 53 L Ed 2d 786, 97 S Ct 2720 (1977); *Hazelwood School Dist. v United States*, 433 US 299, 53 L Ed 2d 768, 97 S Ct 2736 (1977).

tot gevolg het.²⁸⁷ Dit volg dat 'n ongelyke impak saak nie uitgemaak kan word deur bloot aan te dui dat “*at the bottom line there is racial or other imbalance in the employer's work force*” nie.²⁸⁸ Daar moet aangedui word dat 'n dispariteit bestaan tussen die aantal beskermde werknemers wat die betrokke poste beklee en die aantal gekwalifiseerde beskermde werkaansoekers, of werkers in die relevante werksmag.²⁸⁹

Hierdie dispariteit moet volgens *Watson v. Fort Worth Bank & Trust* voldoende substansieel wees “[to] raise an inference of causation”.²⁹⁰ In hierdie verband het die EEOC en ander federale agentskappe die sogenaamde “vier-vyfdes reël” geïmplementeer, waarvolgens nadelige impak toegelaat word waar 'n billike toets reflekteer dat lede van 'n minderheidsgroep geselekteer word teen 'n koers minder as “vier-vyfdes” van dit waarteen die bevoorregte groepering geselekteer word.²⁹¹ Howe het ook die sogenaamde “standard deviation” analise gebruik, wat die moontlikheid meet dat 'n bepaalde resultaat 'n onvoorspelbare afwyking van die verwagte resultaat sal uitmaak.²⁹²

Alhoewel die bewoording van artikel 703(a)(2) suggereer dat diskriminasie slegs op 'n individuele basis geskied, het die hof in *Griggs* (infra) beslis dat die diskriminerende bedoeling aan die kant van die werkgever teenoor 'n individu nie bewys hoef te word waar “*employment procedures or testing mechanism...operate as 'build-in headwind' for minority groups and are unrelated to measuring job capability.*”²⁹³ Die ongelyke impak van 'n werkgever se praktyk op 'n rassegroep kan dus wel artikel 703(a)(2) skend. Die vraag behoort te wees of die betrokke prosedure 'n benadelende impak het op die beskermde groepering waaraan die betrokke individu behoort.

²⁸⁷ Hierdie praktyk kan subjektief, objektief of 'n kombinasie van beide wees. Sien *Watson v Fort Worth Bank & Trust*, 487 US 977, 101 L Ed 2d 827, 108 S Ct 2777 (1988), waar indiensnemingsbesluite gedeeltelik gebaseer was op die subjektiewe evaluering van toesighouers.

²⁸⁸ Sien *Wards Cove Packing Co. Inc., v Atonio* infra 2115, waarin *Connecticut v Tea*, 457 US 440, 73 L Ed 2d 130, 102 S Ct 2525 (1982) aangehaal word.

²⁸⁹ Sien *Wards Cove Packing Co. Inc., v Atonio* infra. Sien ook *Brown v New Haven Civil Service Board* 474 F. Supp. 1257 (Conn. 1979). Sien ook verder *EEOC v Chicago Miniature Lamp Works*, 947 F2d (CA7 1991); *Hazelwood School Dist. v United States*, 433 US 299, 53 L Ed 2d 768, 97 S Ct 2736 (1977); Cf. *International Brotherhood of Teamsters v United States*, 431 US 324, 52 L Ed 2d 396, 97 S Ct 1843 (1977).

²⁹⁰ *Watson v Fort Worth Bank & Trust*, 487 US 977, 101 L Ed 2d 827, 108 S Ct 2777 (1988).

²⁹¹ Sien EEOC guidelines on Employee Selection Procedures, 29 CFR section 1607.4(D). Sien ook *Castaneda v Partida* 430 US 482, 51 L Ed 2d 498, 97 S Ct 1272.

²⁹² Sien bespreking en aangehaalde outoriteite in *Waisome v Port Authority*, 948 F2d 1370 (CA2 1991); *Frazier v Consolidated Rail Corp.*, 851 F2d 1447 (CA DC 1988).

²⁹³ Sien *Griggs v Duke Power Co.*, 401 US 424, 28 L Ed 2d 158, 91 S Ct 849 (1971).

Waar “ongelyke behandeling” sake gekonsentreer het op die behandeling van die individu, het “ongelyke impak” sake gefokus op die beskermdde groepering.²⁹⁴ In die onderhawige saak slaag ‘n aksie gegrond op “ongelyke impak” egter omdat “ongelyke behandeling” bewys is. Tog was daar nie in die onderhawige saak duidelike onbillike behandeling van die groep as sodanig nie, en is die weerlegging van “ongelyke impak” deur die werkgewer as onvoldoende geag. Daar word aan die hand gedoen dat, waar ‘n oënskynlik neutrale diensprosedure bestaan, wat nie ‘n nadelige effek het op die groep nie, Titel VII nie oortree word nie. Die hof in *Dothard (infra)* beslis baie duidelik in hierdie verband:

*"[T]o establish a prima facie case of discrimination, a plaintiff need only show that the facially neutral standards in question select applicants for hire in a discriminatory pattern. Once it is shown that the employment standards are discriminatory in effect, the employer must meet 'the burden of showing that any given requirement [has] . . . a manifest relationship to the employment in question.'"*²⁹⁵

Die hof in *Connecticut et al v. Teal* het egter die siening bekragtig dat Titel VII individue beskerm en nie groepe nie, en dus dat die manier waarop ‘n werkgewer die ander lede van die groep hanteer nie ‘n eis kan afweer vanaf ‘n individu wat benadeel is deur die resultaat van ‘n oënskynlik neutrale beleid nie.

Bogaande analise van die toepassing van die BFOQ verweer in praktiese gevalle het duidelike kriteria vir die bepaling van die legitimiteit van ‘n BFOQ verweer uitgespel.

Die beginsels en kriteria vervat in die BFOQ leerstuk, soos in bostaande sake bespreek, kan geïntegreer en saamgevat word soos voorgestel in Diagram 6:

²⁹⁴ Daar moet aldus oorweeg word of die resultaat van ‘n werkgewer se totale seleksie proses ‘n nadelige impak het op die beskermdde groep. Daar kan nie enige skending van Titel VII wees op die basies van ongelyke impak, indien ongelyke impak op ‘n groepering afwesig is nie. Sien verduideliking in *Furnco Construction Corp. v Waters* 457 U.S. 440, 458:

"It is well established under Title VII that claims of employment discrimination because of race may arise in two different ways. Teamsters v United States, 431 U.S. 324, 335-336, n. 15 (1977). An individual may allege that he has been subjected to 'disparate treatment' because of his race, or that he has been the victim of a facially neutral practice having a 'disparate impact' on his racial group."

²⁹⁵ 433 U.S., at 321, 329. Sien ook *EEOC v Greyhound Lines, Inc.* 635 F.2d 188, 192 (1980).

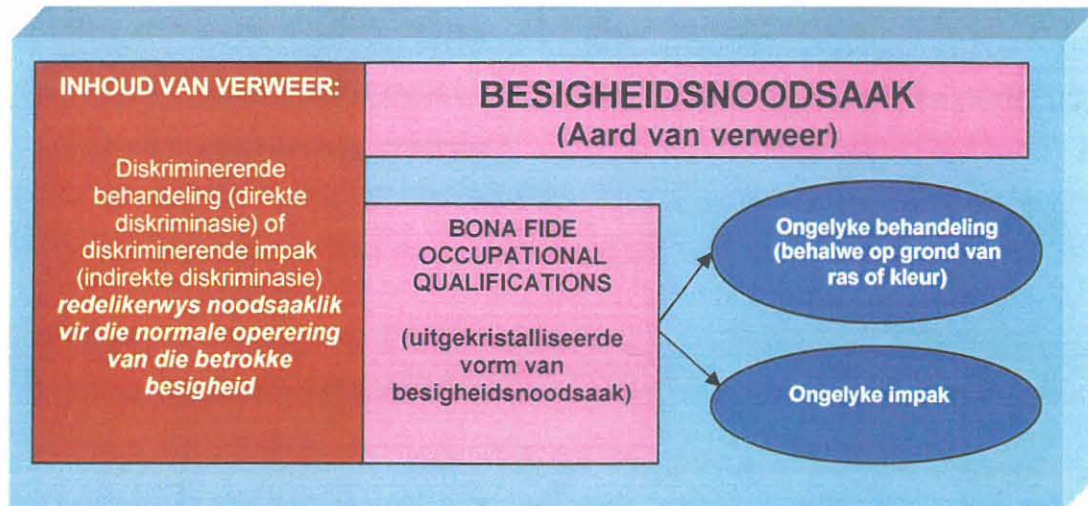


DIAGRAM 6: *Integrering en oorhoofse samevatting van die BFOQ leerstuk*

Die fundamentele vereiste en onderskeie vorme van die BFOQ verweer word hieronder tabelmatig uiteengesit:

<p>FUNDAMENTELE VEREISTE VIR DIE BESTAAN VAN 'N GELDIGE BFOQ VERWEER:</p> <p>Wese van besigheidshandeling sal andersins ondermyn word –</p> <p>Diskriminasie moet redelikerwys NOODSAAKLIK wees vir die normale operering van die betrokke besigheid.</p>
<p>VORME VAN DISKRIMINASIE WAAR BFOQ VERWEER TOEPASSING KAN VIND</p> <ul style="list-style-type: none"> • Implementering van diskriminerende aanstellings- en bevorderingskriteria. • Implementering van 'n toets (t.o.v. bevoegdheid/intelligensie / verbale vermoëns/tikvaardigheid / skryfvaardigheid) as beoordelingsinstrument by aanstelling of bevordering. • Diskriminasie ter wille van veiligheid of privaatheid van kliënte of ander werknemers. • Diskriminasie ten einde 'n rolmodel vir kliënte te wees. • Implementering van geslagsensitiewe beleide. • Regstellende aksie programme. • Gedrags- of dragskode.

Die ander vereistes vir doeleindes van bepaling van die legitimiteit van die BFOQ verweer word hieronder tabelmatig uiteengesit:

ANDER VEREISTES VIR LEGITIMITEIT VAN BFOQ VERWEER

- Kwalifikasie mag nie die minimum prestasie standaard vervang of instelle daarvan gebruik word nie.
- Werksituasie moet spesifieke karaktereienskappe vereis, welke eienskappe slegs oor beskik word deur een van die geslagte (=werklike verskille) en eienskappe moet noodsaaklik wees tot die prestasie van die betrokke werknemer.
- Herorganiserings van diensverantwoordelikhede ten einde botsing tussen privaatbelange en die gelykheidsbeginsel te minimaliseer, is nie moontlik nie.
- Administratiewe noodsaaklikheid, en nie bloot administratiewe gerief is die motivering.
- Werknemer se geslag (of ander diskriminasiegrond – behalwe ras by direkte diskriminasie) affekteer die werknemer se vermoë om werk bevredigend te doen.
- Persoon vir die werk word beoordeel word, en nie die persoon in die abstrak nie.
- Diskriminasie deel van regstellende aksie program.
- Toelatingsvereistes deel van minimum en noodsaaklike werksvereistes vir werksprestasie.
- Dienskriteria neutraal tot die geslag, ens. van die individu.
- Voor-indiensnemings toetse voldoende beroepsverwant – verwantskap tot werklike prestasie hoef nie aangetoon te word nie.
- Rekruteringsstoets vereis dieselfde minimum standaard van alle applikante.
- Dieselfde resultaat sou geskied het selfs indien die onwettige diskriminerende motivering nie gefigureer het nie & illegitieme kriteria het nie 'n substansiële faktor in die besluit rondom aanstelling/bevordering uitgemaak nie.
- Geslagsbewuste beleide moet gelykheid bevorder & die relatiewe ekonomiese en sosiale omstandighede van verskillende groeperinge in ag neem.
- Diskriminasie nie gebaseer op 'n fundamentele grondwetlike reg nie & diskriminasie geskied ter implementering van 'n subjektiewe bepaling deur die werkgever van hoe hy sy besigheid wil bestuur.

Onaanvaarbare kriteria vir die toepassing van die BFOQ verweer word hieronder tabelmatig uiteengesit:

ONAAANVAARBARE KRITERIA VIR TOEPASSING VAN BFOQ
(d.w.s sonder dat aan bostaande kriteria voldoen word):

- Veiligheid van werknemer.
- Finansiële implikasies verbonde aan billike (gelyke) aanstelling of ander arbeidspraktyk, behalwe waar kostes so afskrikkend hoog sou wees dat dit die oorlewing van die besigheid sou bedreig.
- Verskillende morele standaarde aan vrouens wat in buite-egtelike verhoudinge betrokke raak as mans wat hulle aan soortgelyke gedrag skuldig maak.
- Verskillende bevorderings- of indiensnemingstandaarde vir mans en vrouens, gebaseer op hulle ouderdom of fisiese aantreklikheid.
- Stereotipe aannames rakende geslagsrolle en karakterisering van huishoudelike rolle, ingesluit aannames gebaseer op beskermde wetgewing.
- Implementering van die beginsel van “die doel heilig die middele”.
- Vereiste dat vrouens met voorskoolse kinders nie kwalifiseer vir indiensneming nie (terwyl mans wel kwalifiseer).
- Implementering van geslagsdiskriminerende beleide (wat ondergeskiktheid versterk).
- Implementering van oënskynlike neutrale praktyke wat ‘n ingeboude struikelblok vir persone uit beskermde groeperinge bevat, wat nie die beginsel van besigheidsnoodsaak verreken nie, en wat daarby nie relevant is tot die meting van werksvermoë nie.
- Goeie bedoelinge.
- Diskriminasie teen individuele werknemers uit ‘n bepaalde groepering, met die verontskuldiging dat die werkgever *ander* lede van die betrokke rassegroep gunstig behandel het.

5.3. DIE BEWYS VAN BESIGHEIDSNODSAAK

Die bewyslas in en bewysmaatstawwe vir ‘n besigheidsnoodsaak-verweer word deur twee uiteenlopende kampe (die voorstanders van die streng *Griggs*-standaard en die aanhangers van die meer gematigde *Wards Cove*-standaard) verskillend geïnterpreteer. In hierdie gedeelte van die studie gaan ek poog om ‘n universeel-aanvaarbare interpretasie

van die bewyslas en bewysmaatstaf van die besigheidsnoodsaak verweer daar te stel, aan die hand van rigtinggewende Amerikaanse hofbeslissings.

Daar sal aangetoon word hoe die Amerikaanse howe twee verskillende weergawes van die besigheidsnoodsaak-verweer geskep het: 'n streng toets wat moeilik deur werkgewers deurstaan sal kan word, en 'n meer gematigde toets wat aan werkgewers meer diskresie gee. Die regverdiging al dan nie van beide die twee interpretasies sal aangetoon en toepaslik bespreek word. Daar sal ook aangetoon word dat die bewysmaatstaf in 'n besigheidsnoodsaak verweer nie duidelik en indringend genoeg vervat is in Amerikaanse wetgewing nie, en word 'n alternatiewe bewoording vir wetgewing voorgestel.

5.3.1 Omskrywing van die kwalifikasie standaard

Hierbo is reeds aangetoon dat, waar kwalifikasie standarde of seleksie kriteria 'n persoon met bv. 'n gestremdheid uitsluit op grond van sodanige gestremdheid, sodanige maatreëls of kwalifikasies werksverwant en verenigbaar moet wees met besigheidsnoodsaak. Dit word nie vereis dat 'n kwalifikasie standaard of seleksie kriteria slegs van toepassing moet wees op die essensiële funksies van die werk nie. 'n Werksverwante standaard of seleksie kriteria mag naamluk al die funksies van 'n werk evalueer of meet, waarna werkgewers persone mag selekteer en aanstel wat al sodanige funksies kan verrig.²⁹⁶

In die bepaling van die vereiste standaard van 'n beroepskwalifikasie, het werkgewers verskeie beginsels voorgehou. So is die verweer van bona fide beroepskwalifikasie (soos hierbo bespreek) erken waar persoonlike privaatheid en veiligheid van kliënte ter sprake is, maar is daar in *Diaz v. Pan American World Airlines* (infra) beslis dat die vereiste om slegs vroulike vlugassistenten aan te stel ten einde psigologiese ondersteuning te bied aan

²⁹⁶ Sien 42 U.S.C. artikels 2000e-2(e) (1976) wat bepaal dat:

"Notwithstanding any other provisions of this subchapter, (1) it shall not be an unlawful employment practice for an employer to hire and employ employees, for an employment agency to classify, or refer for employment any individual, for a labor organization to classify its membership, or to classify or refer for employment any individual, or for an employer, labor organization, or joint labor-management committee controlling apprenticeship or other training or retraining programs to admit or employ any individual in any such program, on the basis of his religion, sex, or national origin in those certain instances where religion, sex, or national origin is a bona fide occupational qualification reasonably necessary to the normal operation of that particular business or enterprise..."

Sien ook *Swint v Pullman-Standard*, 624 F.2d 525, 535 (5th Cir. 1980), waar beslis is dat: "[w]e believe that the omission of race and color as bona fide occupational qualifications was deliberate and intentional on the part of Congress."

passasiers wat die vlugervaring as spanningsvol ondervind, nie 'n legitieme besigheidsdoel was nie. Die hof dui aan dat:

*"Discrimination based on sex is valid only when the essence of the business operation would be undermined by not hiring members of one sex exclusively."*²⁹⁷

Dit is van kritieke belang dat die wese van die besigheid en die legitimiteit van die besigheidsnoodsaak verweer binne die parameters van die reg gedefinieer word, ten einde die vereiste standaard van beroepskwalifikasies te konstrueer. Hierdie verweer word omvattend gekontekstualiseer aan die hand van kritieke hofbeslissings.

Die kwalifikasie-standaard van besigheidsnoodsaak is fundamenteel beskryf in die beslissings van *Robinson v. Lorrillard Corp.* en *Fedco Inc. v. WCAB (Busby)*.

A ROBINSON V LORRILARD CORPORATION²⁹⁸

(i) Onwettige rassediskriminasie

Die klaers in hierdie saak was lede uit die beskermde groepering van swart werknemers, wat in diens geneem is voor Mei 31, 1962. Tussen 1956 en 31 Mei 1962 is 'n rasdiskriminerende praktyk beoefen deurdat swart persone slegs in diens geneem is in bepaalde laagbesoldigde departemente. Die 1957 kollektiewe ooreenkoms het 'n departementele senioriteitsstelsel aanvaar waarvolgens alle belangrike regte in diens (ingesluit die reg op bevordering) bepaal sou word afhangende die tydperk wat die persoon in diens is binne 'n departement en die betrokke pos se posevaluering. Hierdie ooreenkoms het oorplasings tussen departemente eksplisiet verbied.

Hierdie departementele senioriteitsstelsel is in 1962 gewysig deur interdepartementele oorplasings toe te laat waar werknemers bereid was om akkumulerende senioriteit te ontbeer en as nuwe werknemers in die pos waarheen hulle oorgeplaas is, te begin werk. Die 1962 ooreenkoms het ook werkseunioriteit geskrap, en in stede daarvan voorsiening gemaak vir werksvakatures om gevul te word deur die mees senior werknemer binne die departement, ongeag watter spesifieke poste hy of sy voorheen bekleë het.

²⁹⁷ Sien bespreking deur Van Zyl R & Rudd C, 1996: 487.

²⁹⁸ 441 F.2d 791 (4th Cir.). cert. afgewys onder Reël 60, 401 U.S. 1006 (1971)

In 1965 is die bepalinge wat die oorplasing tussen departemente gereguleer het, verder gemodifiseer deur 'n oorgeplaasde werknemer toe te laat om na sy vorige departement en oorspronklike senioriteit terug te keer, indien hy afgelê word in die nuwe, oorgeplaasde departement. Waar laasgenoemde nie die keuse van die werknemer sou wees nie, is die 1962 oorplasingsbeperkinge behou, waarvolgens oorplasings slegs toegelaat is waar vakatures beskikbaar was, en dan ook slegs ten opsigte van die laagsbesoldigde posvlakke.

Sowel die werkgewer as die betrokke vakbond word in hierdie saak deur die werknemers gedagvaar deurdat 'n kollektiewe ooreenkoms rondom 'n departementele senioriteitsstelsel bereik en geïmplementeer is, welke volgens die klaers ongeldig was weens die teenwoordigheid van beweerde rassediskriminasie.

Volgens die klaers was rassediskriminasie teenwoordig, aangesien die "blanke" departemente die beter besoldigde afdelings was, met die gevolg dat blankes wat in diens geneem is volgens die onderhawige beleid hoër besoldiging ontvang het as swart persone wat terselfertyd in die ander departemente in diens geneem is. Verder, indien al die struikelblokke tot oorplasings verwyder sou word, sou die klaers onder die departementele senioriteitsstelsel steeds minder betaal word, ten spyte daarvan dat hulle na 'n beter besoldigde departement oorgeplaas is. As oorgeplaasde werknemers is hulle naamlik steeds as nuwe werknemers hanteer vir doeleindes vir departementele senioriteit, terwyl blanke medewerknemers wat op dieselfde tydstip in diens geneem is oor departementele senioriteit bykomend tot hul totale dienssenioriteit beskik het. Oorgeplaasde swart werknemers (d.i. werknemers uit die afdelings van "blending", "cutting", "service", "shipping" en "receiving") het op datum van oorplasing ook die aanvangsalaris ontvang van die betrokke salarisskaal wat van toepassing was.

Die werkgewer argumenteer dat noodsaak en die bedoeling om 'n legitieme besigheidsdoel te dien, die onderhawige oorplasingsbeleid genoodsaak het. Volgens die hof kan die terme "besigheidsnoodsaak" en "besigheidsdoel", alhoewel gelykwaardig gebruik deur die werkgewer, nie werklik as identiese konsepte beskou word nie. Die twee terme se relevantheid tot die geldigheid van 'n dienspraktyk verskil ook: Redes gebaseer op besigheidsnoodsaak kan naamlik diskriminerende impak wettig, terwyl die bestaan van 'n

besigheidsdoel nie die praktyk se onwettigheid sal negeer waar die handeling andersins as onwettig bewys is nie.²⁹⁹

(ii) Besigheidsnoodsaak-toets

Die besigheidsnoodsaak-toets kom ter sprake sodra dit vasgestel moet word of 'n praktyk onwettiglik diskrimineer.³⁰⁰ Dit is naamlik so dat 'n werkgewer 'n diskriminerende praktyk mag beoefen, ongeag die ongelyke rasse impak, indien die praktyk geregverdig is.³⁰¹

Die besigheidsnoodsaak-toets het uitgekristalliseer as die paslike instrument om vas te stel of dienspraktyke aanvaarbaar is, en om te beoordeel of 'n praktyk ongeldig is omdat dit gebaseer word op faktore wat funksioneel gelyk is aan ras. Die toets is egter nie bloot of daar 'n besigheidsdoel bestaan vir die betrokke diskriminerende praktyk nie, maar of daar 'n *oorheersende en deurslaggewende legitieme besigheidsdoel* bestaan wat die praktyk noodsaaklik maak vir die veilige en effektiewe bedryf van die besigheid.³⁰²

Die besigheidsdoel moet dus voldoende dwingend wees om die rasse impak te oorheers, dit moet die besigheidsdoel effektief dien, en daar moet geen ander aanvaarbare beleid of

²⁹⁹ Sien Blumrosen B, 1972: 71. Sien ook soortgelyke bespreking in Note, *Application of the EEOC Guidelines to Employment Test Validation: A Uniform Standard for Both Public and Private Employers*, 1973: 505.

³⁰⁰ Sien Sape & Hart, 1972: 824. Sien ook bespreking van die gebruik van die besigheidstoets in die korrelasie tussen arbeidswetgewing en ekonomiese status deur Winter, 1967: 817.

³⁰¹ Voorbeelde hiervan kan insluit die gebruik om 'n sekretaresse slegs aan te stel wat behoorlik kan tik, alhoewel dit mag wees dat swart persone moeiliker die noodsaaklike opleiding en ervaring kan bekom (veral in 'n beperkte geografiese area): Sien *ibid.* Sien egter ook die memorandum deur Senator Case, soos uiteengesit in Gupko JJ, 1981: 667, waarin vermeld word dat:

"Whatever its merits as a socially desirable objective, title VII would not require, and no court could read title VII as requiring, an employer to lower or change the occupational qualifications he sets for his employees simply because proportionately fewer Negroes than whites are able to meet them. Thus, it would be ridiculous, indeed, in addition to being contrary to title VII, for a court to order an employer who wanted to hire electronics engineers with Ph.D's to lower his requirements because there were very few Negroes with such degrees or because prior cultural or educational deprivation of Negroes prevented them from qualifying. And, unlike the hearing examiner's interpretation of the Illinois law in the Motorola case, Title VII most certainly would not authorize any requirement that an employer accept an unqualified applicant or a less qualified applicant and undertake to give him any additional training which might be necessary to enable him to fill the job."

³⁰² Sien *Washington v Davis*, 426 U.S. 229 (1976); *Friend v Leidinger*, 446 F. Supp. 361 (E.D. Va. 1977), bekragtig in 588 F.2d 61 (4th Cir. 1978); *United States v Virginia*, 454 F. Supp. 1077 (E.D. Va. 1978); *Bridgeport Guardians v Bridgeport Police Department*, 431 F. Supp. 931 (D.Conn. 1977).

praktik wees wat die doel beter sal bevorder, of die doel soortgelyk goed sal dien met 'n minder ongelyke rasse impak nie.³⁰³

Lorillard het drie besigheidsdoelwitte aangevoer vir die handhawing van sy departementele senioriteitsstelsim ³⁰⁴:

- (i) *Besigheidspraktik en vorige ondervinding*: Die bedryf het 'n vorige besigheid oorgeneem, en Lorillard bewys dat die stelsim soortgelyk is aan ander ooreenkomste in die tabakbedryf.
- (ii) *Vakbond druk*: Volgens Lorillard is die stelsim ingestel onder druk van die vakbond. Die bewering van die werkgewer is dat die alternatief tot aanvaarding van die stelsim die deurstaan van 'n staking was, welke 'n effek op die besigheid sou hê.
- (iii) *Effektiwiteit, Ekonomie en Moraal*: Die werkgewer se argument is dat 'n werknemer die werk meer effektief sal doen indien die persoon vorige ervaring gehad het in ander poste binne dieselfde departement.

Die aangevoerde gronde stel volgens die hof nie besigheidsnoodsaak daar nie, en in besonder weens die volgende redes³⁰⁵:

- (i) Besigheidspraktik en vorige ondervinding sou gewig gedra het indien dit noodsaaklik was ten einde 'n slegte motief of diskriminerende bedoelings as elemente van 'n Titel VII eis te bewys. In hierdie geval is motief egter nie ter sprake nie. Verder word nie die handhawing van die status quo of die konformering tot 'n bestaande praktik, beskou as 'n legitieme besigheidsdoel wat 'n andersins onwettige praktik sal regverdig nie.

³⁰³ Sien Lorillard *infra* op 798. Sien ook *Local 5.3, International Association of Heat & Frost Insulators and Asbestors Workers v Vogler*, 107 F.2d 1017 (5th Cir. 1969) waar lidmaatskap van 'n vakbond wettiglik beperk kon word tot familie van bestaande lede, behalwe indien bestaande lede slegs uit blankes sou bestaan. Sien ook die "EEOC" riglyn in 29 C.F.R. artikel 1607, 4(a) wat stipuleer dat: "where technically feasible, a test should be validated for each minority group with which it is used; that is, any differential rejection rates that may exist, based on a test, must be relevant to performance on the jobs in question".

³⁰⁴ Sien Lorillard (*infra*) op 798 en verder.

³⁰⁵ *Ibid.* Sien verder ook *Myers v Gilman Paper Corp.*, 544 F.2d 837 (5th Cir.), *reh.denied*, 550 F.2d 41 (5th Cir. 1977) waar beslis is dat "immediate compelling need for practice" 'n basis vir besigheidsnoodsaak daarstel.

- (ii) Ten spyte daarvan dat 'n staking oor 'n kontrakbepaling ekonomiese koste sou kon meebring, kan die werkgewer nie sodanige diskriminerende kontrak sluit nie. Sowel die werkgewer as vakbond sal in sodanige geval aanspreeklik gehou word.³⁰⁶
- (iii) Die poste in geskil was nie bewys as sodanig kompleks dat 'n wye ervaring in verskillende poste in die departement noodsaaklik was ten einde effektiewe prestasie te bewerkstellig nie. Die blote behoefte aan progressie deur posvlakke word ook nie beskou as noodsaaklik vir doeleindes van die bedryf van die besigheid, waar sodanige progressie diskriminerend uitgevoer word nie. Soortgelyk word addisionele administratiewe kostes rondom die wysiging van diskriminerende dienspraktyke nie beskou as noodsaaklik vir besigheidsdoelwitte nie.

Dit is duidelik dat wetgewing kan veroorsaak dat persone uit 'n voorheen bevoordeelde groeperinge 'n laer verwagting rondom diensgeleenthede het. Bevoordeling van persone uit bepaalde beskermde groeperinge moet ingestel word as deel van 'n regstellende aksie program soos gemagtig deur wetgewing, ongeag die gevolglike (tydelike) dispariteit tussen groeperinge in die werksplek.³⁰⁷ Soortgelyk moet personeelpraktyke wat ouer werknemers uitskakel weens die addisionele ekonomiese las om sodanige persone in diens te hou, ook geëlimineer word.³⁰⁸

Sodra die werknemer *prima facie* aangedui het dat die betrokke sisteem applikante aanstel of bevorder op grond van 'n sisteem wat 'n onbillike rasse-impak het, moet die werkgewer aantoon dat die sisteem 'n daadwerklike verwantskap toon met die betrokke werk ten einde besigheidsnoodsaak te bewys.³⁰⁹ Indien die werkgewer die bewyslas kwyt deur aan te toon dat die toetse of sisteem werksverwant is, moet die werknemer aantoon dat daar ander

³⁰⁶ Sien Chicoine JP, 1992: 259-283. Sien ook *United States v Jacksonville Terminal*, 451 F.2d 418 (5th Cir. 1971) cert. denied, 406 U.S. 906 (1972) waarin beslis is dat besigheidsnoodsaak nie gelyk is aan besigheidsgerief nie.

³⁰⁷ Sien ook artikel 713(b) van die Civil Rights Act wat bepaal dat:

"[I]n any action or proceeding based on any alleged unlawful employment practice, no person shall be subject to any liability or punishment for or on account of ... the commission by such person of an unlawful employment practice if he pleads and proves that the act or omission complained of was in good faith, in conformity with, and in reliance on any written interpretation or opinion of the Commission."

³⁰⁸ Sien Note, *The Cost of Growing Old: Business Necessity and the Age Discrimination in Employment Act*, 1979: 565.

³⁰⁹ Sien *Griggs v Duke Power Co.* 401 U.S. op 433-435.

toetse of selekteringsmeganismes bestaan wat nie 'n rasse impak het nie, en wat ook die werkgewer se legitieme belange in effektiewe en betroubare werkmanskap sal dien.³¹⁰

Alhoewel dit nie pertinent uitgeklaar is deur die hof in *Lorillard* nie, word daar in die lig van bogaande bespreking aan die hand gedoen dat die vereiste standaard van besigheidsnoodsaak nie “absoluut” of “inherent essensieel” bewys hoef te word nie, en dat 'n diskriminerende praktyk bloot as redelikerwys noodsaaklik tot die effektiewe bedryf van die besigheid bewys moet word.³¹¹

B FEDCO INC. V WCAB (BUSBY)³¹²

Beslissing:

In hierdie saak is aangetoon dat die Applikant, wat beserings aan diens opgedoen het in 1991, in November 1993 oorgeplaas na 'n ander tak. Die werknemer se dienste is in Februarie 1994 beëindig op grond van bedryfsredes, swak verkope deur die werknemer en kontinue afwesigheid van diens. Die werkgewer het na bewering nie kennis gedra van die werknemerskompensasie eis nie, en kon ook geen dokumentêre bewys van afwesigheid of swak verkope toon nie.

Aangesien die werkgewer nie korrektiewe stappe geneem het voor ontslag nie, en gegee die onbetroubaarheid van die werkgewer se getuienis, is die ontslag as diskriminerend bewys. Alhoewel direkte diskriminasie nie bewys is nie, word daar beslis dat indirekte diskriminasie op grond van ras in hierdie omstandighede ontoelaatbaar was.

Bespreking:

Dit kom voor asof die hof 'n gunstige konklusie vir die werknemer probeer daarstel het uit 'n beperkte feitestel, en het die hof myns insiens 'n foutiewe afleiding gemaak deur te beslis dat geen getuienis nodig is rondom die kriteria wat die ongelyke impak veroorsaak het nie. Voldoende getuienis moet tog steeds gelewer word ten einde die bewyslas te kwyt dat die

³¹⁰ Sien *Beverly v Lone Star Lead Construction Corporation* 437 F2d op 1141.

³¹¹ Sien *Chrisner v Complete Auto Transit* supra, F.2d (6th Cir. 1981). Sien ook *Smith v Olin Chemical Corp*, 555 F.2d 1293 (5th Cir. 1977) waar 'n vereiste (sterk rug in hande-arbeid) weens die direkte verwantskap tot werksprestasie beskou is as voldoende verwant tot besigheidsnoodsaak.

³¹² 1995 60 ccc 623 (writ denied).

handelinge 'n nadelige impak op die Applikant gehad het. Daar moet ook soortgelyk deur die werkgever bewys word dat die handelinge nie geregverdig is deur besigheidsnoodsaak nie, en dat die werkgever minder diskriminerende alternatiewe verwerp het.

'n Werkgever kan slegs aanspreeklik gehou word vir indirekte diskriminasie indien 'n lid van 'n beskermde groepering swakker behandeling ontvang het as 'n nie-lid van die betrokke groepering in soortgelyke omstandighede. Die werkgever kan naamlik nie 'n persoon binne 'n beskermde klas verskillend hanteer as een wat nie in daardie klas is nie, tensy daar 'n ander rede as ras, kleur, godsdiens, geslag of nasionale oorsprong teenwoordig is.

Soortgelyk moet daar ook by direkte diskriminasie-gevalle 'n ongunstige impak presenter. Statistiese patrone moet byvoorbeeld aantoon dat vrouens, lede van etniese groeperinge ensovoorts teen 'n disproporsionele koers (in vergelyking met 'n persoon wat nie 'n lid is van die beskermde groepering nie) nadelig geaffekteer word deur 'n neutraal toegepaste diensvereiste. Sodra sodanige patroon aangedui word (en ongelyke impak aldus bewys is) moet die werkgever aandui dat die kriteria wat die ongelyke impak veroorsaak het, werksverwant is en regverdig word deur besigheidsnoodsaak.

5.3.2 Bestaan van 'n prima facie saak

Hierbo is telkens vermeld dat die werknemer 'n prima facie saak van onbillike impak moet uitmaak in gevalle van beweerde indirekte diskriminasie. Hiervolgens moet die werknemer aantoon dat 'n werkstandaard of beroepskwalifikasie 'n ongelyke impak het, gebaseer op ras, kleur, geslag, nasionale oorsprong of godsdiens. Die feitelike dispariteit van regsgevolge sal dan die werkgever noop om besigheidsnoodsaak aan te toon.³¹³ Volgens die hof in *Aldrich v. Randolph* is soortgelyke beginsels ook van toepassing op ongelyke betaling – sake, en word die vereistes van legitimititeit en verwantskap in “gelyke betaling sake” uitgebrei om ook *bona fide* optrede van die werkgever te betrek in die analise van besigheidsnoodsaak.³¹⁴

In die evaluering of 'n werkstandaard 'n ongelyke impak het, moet 'n matematiese vergelyking getref word tussen die betrokke groepering se sukseskoers in verband met die vereiste standaard versus die sukseskoers van ander groeperinge. Waar die standaard

³¹³ Sien ook 42 U.S.C., Artiekl 2000e – 2(k)(1)(A)(i) (1991).

³¹⁴ *Aldrich v Randolph* 963 F. 2d 520, 525-527, 1992.

geen dispariteit skep nie, hoef besigheidsnoodsaak nie aangetoon te word nie, aangesien 'n *prima facie* saak nie uitgemaak is nie.³¹⁵ Indien statistiese dispariteit wel aangedui word, moet vervolgens vasgestel word of die dispariteit betekenisvol is vir doeleindes van regs aanspreeklikheid.

Aangesien 'n graad van dispariteit waarskynlik inherent is aan feitlik enige standaard, het die "*rule of four-fifths*" die maatstaf geword waarvolgens die gewig van die ongelykhede gemeet word. Die "*rule of four-fifths*" het tot inhoud dat, waar die sukseskoers van 'n groep minder is as 80% van die mees suksesvolle groep, die minder suksesvolle groep beskou word as benadeel.³¹⁶ Waar besigheidsnoodsaak 'n rol sou speel in die totstandkoming van hierdie dispariteit, behoort 'n verweer van besigheidsnoodsaak deur die werknemer geantisipeer te word waar 'n skynbaar neutrale werkstandaard beweer word 'n ongelyk impak te hê.

In *Duke Power* (infra) is belis dat 'n dienspraktyk wat tot effek het dat swart persone uitgesluit word, bewys moet word verwant te wees aan werksprestasie. Soos hierbo aangetoon, is besigheidsnoodsaak ook gebruik om 'n wye verskeidenheid dienspraktyke te evalueer.³¹⁷ Alhoewel die regspraak kompleks en uiteenlopend is, het bepaalde faktore tog uitgekristalliseer waarvolgens die legaliteit in dienspraktyke wat ongelykheid daarstel, bepaal kan word. Hierdie faktore sluit in:

- (i) Die graad van ongelykheid geskep deur die gebruik van die standaard;
- (ii) Die feitelike verhouding tussen bereiking van die werkstandaard en die suksesvolle verrigting van die werk in geskil;
- (iii) Of die bereiking van die werkstandaard bepaal is deur 'n neutrale entiteit ekstern tot die werkgever;
- (iv) Of die werkstandaard fokus op die inherente, onveranderlike karaktereienskappe van die kandidate;

³¹⁵ Sien *Drake v City of Fort Collins*, 927 F. 2d 1156 (10th Cir. 1991) waar beslis is dat geen beoordeling van besigheidsnoodsaak in die betrokke opvoedkundige vereiste nodig was nie, aangesien die werknemer nie 'n statistiese benadeling kon aantoon nie.

³¹⁶ Sien EEOC "Uniform Guidelines on Employee Selection Procedures," 29, Code of Federal Regulations (C.F.R.) 1607.4 (D) (1988).

³¹⁷ Sien ook bespreking van *Miller v Texas State Board of Barber Examiners* 615 F.2d 650 (5th Cir. 1980) deur Gupko JJ, 1981: 673, waar gekonkludeer word dat: "[T]hrough the statement of the Ninth Circuit that 'virtually any prima facie case under Titel VII may be rebutted as job related or necessary to business', may extend the business necessity defense to an extreme degree, a judicial recognition that business necessity may be utilized in cases of legitimate employer need is definitely warranted."

- (v) Of die werk in geskil 'n direkte impak op publieke veiligheid het; en
- (vi) Die beskikbaarheid van effektiewe alternatiewe standaarde wat 'n mindere mate van ongelykheid sal daarstel.³¹⁸

Dit volg uit bogaande bespreking dat die bestaan van 'n dispariteit in diens, soos *prima facie* aangetoon deur die werknemer, die bewyslas op die werkgever plaas om die besigheidsnoodsaak van die standaard aan te toon. Statistiese dispariteite is van besondere belang, aangesien "*as a general principle, the greater the test's adverse impact, the higher the correlation [between test performance and job performance] which will be required.*"³¹⁹

5.3.3 Beroepskwalifikasies en die rol van werksprestasie

Waar besigheidsnoodsaak aangedui moet word deur 'n werkgever, figureer werksprestasie dikwels ten einde die ekonomiese welvaart van die werkgever, as die resultaat van 'n effektiewe werksmag, aan te toon. Die vraag is of ekonomiese welvaart (welke die noodwendige gevolg kan wees indien die beste moontlike persoon vir die werk ten alle koste, en ten spyte van diskriminerende praktyke, aangestel word) besigheidsnoodsaak konstitueer. Indien hierdie redenasie as 'n absolute verweer aanvaar word, sal die daarstelling van enige beroepskwalifikasie toelaatbaar moet wees, aangesien 'n subjektiewe toets dan betrek word, in teenstelling met die beginsel van "paslik gekwalifiseerde persoon vir die werk", wat 'n objektiewe toets daarstel.

In *Smith v. Olin Chemical Corporation*³²⁰ is die ekonomiese welvaart van die werkgever wel aanvaar as aanduidend van besigheidsnoodsaak, aangesien die vereiste standaard wat gestel is 'n direkte en duidelike verwantskap met die suksesvolle verrigting van die werk in

³¹⁸ Sauls JG, 1995: 2. Sien ook gevolglike wysiging van Titel VII van die Civil Rights Act van 1991, 42 U.S.C., Artikels 2000e – 2(k)(1)(A)(i) (1991), soos bespreek hieronder.

³¹⁹ *Clady v County of Los Angeles*, 770 F.2d 1421, 1432 (9th Cir. 1985), cert. Denied, 475 U.S. 1016 (1986). Sien ook *Zamlen v City of Cleveland*, 906 F.2d 209 (6th Cir. 1990), cert. Denied, 111 S.Ct. 1388 (1991) waar 'n seleksiesisteem vir brandweermanne 100% alle vroulike kandidate uitgesluit het. Aangesien dit substansieel aangetoon is dat elke komponent van die sisteem werksverwant was, is die sisteem geregverdig deur besigheidsnoodsaak. Sien ook verder *Newark Branch, NAACP v Harrison*, 940 F.2d 792 (3d Cir. 1991) waar die vereiste dat alle werknemers inwoners van die stad moet wees, nie aanvaar is as die produk van besigheidsnoodsaak nie, aangesien die stad geen swart inwoners gehad het nie.

³²⁰ 555 F.2d 1283 (5th Cir. 1977)

geskil getoon het.³²¹ Dit blyk egter dat die ekonomiese welvaart nie as sodanig 'n *sine qua non* is nie, maar wel die suksesvolle voortbestaan van die besigheid. Aangesien die voortbestaan van 'n besigheid egter 'n subjektiewe graadaangeleentheid is, is die saak nie opgelos nie.

Die beslissing van *Fitzpatrick v. City of Atlanta*³²² betrek die beginsel van "veiligheid" in die argument, en word daar beslis dat besigheidsnoodsaak teenwoordig is in 'n vereiste wat suksesvolle werksprestasie koppel aan positiewe handeling ter beveiliging van die individu.³²³ Dienooreenkomstig word 'n swaarder las geplaas op werkgewers wat 'n praktyk bedryf wat publieke veiligheid bedreig, en word besigheidsnoodsaak ook makliker bewys waar 'n werkgewer 'n praktyk instel vir doeleindes van publieke veiligheid. In *Spurlock v. United Airlines* word hierdie beginsel soos volg uiteengesit:

*"When a job requires a small amount of skill and training and the consequences of hiring an unqualified applicant are insignificant, the courts should examine closely any pre-employment standard or criteria which discriminated against minorities. In such a case, the employer should have a heavy burden to demonstrate to the court's satisfaction that his employment criteria are job-related. On the other hand, when the job clearly requires a high degree of skill and the economic and human risks involved in hiring an unqualified applicant are great, the employer bears a correspondingly lighter burden to show that his employment criteria are job-related."*³²⁴

Ten spyte daarvan dat die werkgewer gepoog het om in *Bradley v. Pizzaco of Nebraska Inc.*³²⁵ aan te dui dat 'n pizza-afleweraar met 'n baard kliënte afskrik, en gevolglik 'n ekonomiese risiko vir die werkgewer inhou, is 'n skoongeskeerde gelaat nie bewys as 'n

³²¹ Indien werknemers nie 'n goeie lae rug gehad het nie, kon swaar hande-arbeid nie behoorlik verrig word nie, en sou die werkgewer nie sy besigheid doeltreffend kon bedryf nie. Sien ook *Chrisner v Complete Auto Trans., Inc.* 645 F. 2d 1251 (6th Cir. 1981) waar twee jaar ervaring van trokbestuur vereis is alvorens applikante aangestel kon word as trokbestuurders. Sien ook *New York City Transit Authority v Beazer*, 440 U.S. 568 (1979) waar vereis is dat werknemers nie onwettige middels mag gebruik nie.

³²² 2 F. 3d 1112 (11th Cir. 1993).

³²³ Die moontlikheid dat giftige gasse andersins ingeasem kan word noodsaak dat brandweermanne moet skeer, aangesien gesigshare kan verhoed dat die gesigsmasker, wat gedra moet word tydens die blaas van giftige gasse, behoorlik pas.

³²⁴ *Spurlock v United Airlines*, 475 F. 2d 216, 219 (10th Cir. 1972). Sien ook soortgelyke beslissing in *Davis v City of Dallas*, 777 F.2d 205, 211 (5th Cir. 1985), cert. Denied, 476 U.S. 1116 (1985).

³²⁵ 7F.3d 795 (8th Cir. 1993).

faktor wat die werknemer se vermoë om pizzas af te lewer, beïnvloed nie.³²⁶ Dit blyk dus dat die hof nie werkstandaarde in isolasie beoordeel nie, maar in verband met die werksvereistes van die betrokke beroep.³²⁷

Waar 'n werkgewer egter kandidate se bevoegdheid in die abstrak beoordeel, sal die werkgewer noodwendig gespesialiseerde wetenskaplike bewys van besigheidsnoodsaak moet aantoon, aangesien die standaard dan minder direk verwant is aan suksesvolle werksprestasie.³²⁸ Hierdie proses van formele validasie sluit gewoonlik in:

- (i) 'n Taakanalise ten einde belangrike werksgedrag te identifiseer en te kwantifiseer;
- (ii) 'n Professionele evaluering om vas te stel watter kennis, vaardigheid en vermoëns vereis word om die betrokke werkstake suksesvol af te handel;
- (iii) 'n Statistiese studie ten einde die verwantskap tussen die resultaat van die selekteringsinstrument en suksesvolle werksprestasie te bepaal.³²⁹

Formele validasie is gekompliseerd, gespesialiseerd en gewoonlik duur.³³⁰ 'n Studie van prestasie-meting en die onderskeie metodes wat aangewend kan word, behoort vanuit 'n Suid-Afrikaanse perspektief gedoen te word. Aangesien so 'n tipe studie egter nie binne die spektrum van hiedie proefskrif sorteer nie, word volstaan met blote verwysing hierna en die regstegniese aspekte rondom die bewyslas waar prestasie-meting ter sprake kom.

³²⁶ Die vereiste van 'n gladgeskeerde gelaat word dus nie beskou as 'n produk van besigheidsnoodsaak nie.

³²⁷ Sien ook *Zamlen v City of Cleveland* 906 F.2d 20-9 (6th Cir. 1990) cert denied, 111 S.Ct. 1388 (1991), waar 'n fisiese fiksheidstoets besigheidsnoodsaaklik was by die aanstelling van brandweermanne. Sien ook *Evans v City of Evanston*, 881 F.2d 382 (7th Cir. 1989) cert denied, 112 S.Ct. 3028 (1992); *Harless v Duck*, 619 F.2d 611 (6th Cir. 1980) cert denied, 446 U.S. 928 (1980).

³²⁸ Sien *Bernard v Gulf Oil Corp.*, 841 F.2d 547 (5th Cir. 1988) (Bernard I v); 890 F.2d 735 (5th Cir. 1989), cert. Denied, 110 S.Ct. 3237 (1990) (Bernard v).

³²⁹ Sien die "EEOC Uniform Guidelines on Employee Selection Procedures" 29 C.F.R., Artikel 1607 et seq. : "...discriminatory tests are impermissible unless shown, by professionally accepted methods, to be 'predictive of or significantly correlated with important elements of work behaviour which comprise or are relevant to the job or jobs for which candidates are being evaluated.'" Sien ook *Albermarle Paper Co. v Moody*, 422 U.S. 405, 431 (1975) en *Contreras v City of Los Angeles*, 656 F.2d 1267, 1280 (9th Cir. 1981), cert. Denied, 455 U.S. 1021 (1982) vir toepassing van die EEOC riglyne.

³³⁰ Sien *Aguilera v Cook County Police and Corrections Merit Board* 760 F.2d 844 (7th Cir. 1985), cert. Denied, 106 S.Ct. 237 (1985) waar die kompleksiteit van verwagte polisiëringsvermoëns maklik 'n hoërskool diploma regverdig het. Sien verder ook *Blake v Los Angeles*, 595 F. 2d 1367 (9th Cir. 1979), cert. Denied, 100 S.Ct. 1965 (1980), waarin dit duidelik na vore kom dat 'n beroepskwalifikasie soos 'n diploma makliker geregverdig word as 'n eienskap (soos 'n spesifieke lengte) wat deur geboorte of herkoms bepaal word.

Dit volg uit bogaande bespreking dat besigheidsnoodsaak nie 'n enkele, gefikseerde standaard is nie. Dit kom neer op 'n juridiese beoordeling van 'n verskeidenheid faktore. Dit volg ook dat besigheidsnoodsaak makliker bewys word in gevalle van minimale ongelyke impak, terwyl streng beoordelingstandaarde geld in gevalle van ekstreme ongelyke impak.

5.3.4 Die Wards Cove Standaard van Besigheidsnoodsaak en die 1991 Civil Rights Act

Die Amerikaanse Kongres het gepoog om besigheidsnoodsaak en werksverwantskap te reguleer in die 1991 "Civil Rights Act".³³¹ Hierdie nuwe "Civil Rights Act" het in besonder ten doel gehad om te reageer op beslissings van die Hoogeregshof en om die strekking van wetgewing ten aansien van siviele regte uit te brei.³³²

Volgens die 1991 wetgewing is die besigheidsnoodsaak-verweer gelegaliseer as die standaard waarvolgens werkgewers wettiglik dienspraktyke mag bedryf wat disproportioneel werknemers uit beskermde groeperinge benadeel. Ongelyke impak word in hierdie verband daargestel indien:

*"...a complaining party demonstrates that a respondent uses a particular employment practice that causes a disparate impact...and the respondent fails to demonstrate that the challenged practice is job related and consistent with business necessity".*³³³

Die term "*business necessity*" is egter nie in die wet gedefinieer nie, behalwe die verwysing na die Kongresrekord, waarin die term besigheidsnoodsaak beskou is as "*intended to reflect the concepts enunciated by the Supreme Court in Griggs v. Duke Power Co. and in the other Supreme Court decisions prior to Wards Cove Packing Co. v. Atonio.*"³³⁴

Ook die "Americans with Disabilities Act" (ADA) bevat 'n verbod van onbillike impak, tensy gewettig deur besigheidsnoodsaak. Die ADA verbied in hierdie verband enige ondersoek of navraag rondom 'n werknemer, waar gepoog word om vas te stel of sodanige

³³¹ 42 U.S.C. artikel 1981 (1988), gewysig deur 42 U.S.C. artikels 2000e tot 2000e-16 (Supp. III 1991).

³³² Sien Civil Rights Act 1991, 105 Stat. 1071.

³³³ 105 Stat. 1074., eie beklemtoning.

³³⁴ 137 Cong. Rec. S15, 276 (daaglikse uitgawe. Okt. 25, 1991).

werknemer 'n persoon is met 'n gestremdheid, of om vas te stel hoe ernstig die gestremdheid is, tensy sodanige ondersoek of navraag aangetoon word werksverwant en versoenbaar met besigheidsnoodsaak te wees.³³⁵ Hierdie verbod is ook vervat in die "Civil Rights Act" van 1991.

Die ADA formuleer die werkgewersverweer van besigheidsnoodsaak identies tot die "Civil Rights Act" van 1991, soos hierbo aangehaal, met byvoeging van die "redelike akkomodasie"-verpligting:

*"..it may be a defense to a charge of discrimination...that an alleged application of qualification standards, tests, or selection criteria that screen out or tend to screen out or otherwise deny a job or benefit to an individual with a disability has been shown to be job-related and consistent with business necessity, and such performance cannot be accomplished by reasonable accommodation."*³³⁶

Die EEOC verskaf riglyne ten aansien van bogaande verweer deur te verklaar dat 'n werkgewer nie 'n individu met 'n gestremdheid kan uitsluit nie indien die kriteria ook aan voldoen kon word, of werksprestasie bereik kon word, deur middel van redelike akkomodasie.³³⁷ Nie die EEOC Riglyne of die ADA definieer egter besigheidsnoodsaak of werksverwantheid nie.³³⁸

Aangesien die 1991 Wetgewing (Civil Rights Act) nie *Wards Cove* herroep nie, en bloot aandui hoe die reg geïnterpreteer moet word, kan die afleiding gemaak word dat die *Wards Cove* definisie van besigheidsnoodsaak steeds geldig is. Gegee die "redelikerwys noodsaaklik" - vereiste van die BFOQ verweer, en die *Griggs* definisie rondom "beroepsverwantheid", wil dit voorkom asof hierdie terme in die "Civil Rights Act" 1991 streng geïnterpreteer moet word.

Griggs het egter die definisie van besigheidsnoodsaak onduidelik gelaat. Die hof gee naamlik vyf verskillende formulerings van die vereiste nexus tussen die besigheidspraktiek en werksprestasie:

³³⁵ Americans with Disabilities Act 1990, 104 Star. 333.

³³⁶ 104 Star. 333-4.

³³⁷ Sien die EEOC definisie van "redelike akkomodasie" in 58 Federal register, 35729, 35730, 35744-5.

³³⁸ 58 Federal Register, 35752 (1991).

- (i) *“standard is shown to be significantly related to successful job performance;”*³³⁹
- (ii) *“neither...requirement...is shown to bear a demonstrable relationship to successful performance of the jobs for which it was used;”*³⁴⁰
- (iii) *“[w]hat Congress has forbidden is giving these devices and mechanisms controlling force unless they are demonstrably a reasonable measure of job performance;”*³⁴¹
- (iv) *“if an employment practice...cannot be shown to be related to job performance, the practice is prohibited;”*³⁴² and
- (v) *“Congress has placed on the employer the burden of showing that any given requirement must have a manifest relationship to the employment in question.”*³⁴³

Soos aangedui in die bespreking van *Griggs* hierbo, het die werkgewer nie besigheidsnoodsaak volgens die hof bewys nie, en vereis die hof verder dat die betrokke indiensnemingsvereistes 'n “redelike verband moet toon met verwagte werksprestasie” ten einde aan die 1964 “Civil Rights Act” te voldoen.³⁴⁴

Dit is veral (iv) en (v) hierbo wat deur die hof toegepas is in die beoordeling van ongelyke impak sake, en het *Griggs* die interpretasie van Titel VII in ongelyke impak sake oorheers tot in 1989, waar die Hooggeregshof die *Griggs*-beslissing omver gewerp het in *Wards Cove Packing Co. v. Atonio*.³⁴⁵

5.3.5 Wards Cove packing Co. v Atonio

In hierdie saak het die voormalige werknemers van Wards Cove 'n Titel VII eis ingestel. Sowel ongelyke behandeling as ongelyke impak is beweer. Ten aansien van die ongelyke impak beweringe, het die werknemers gefokus op hulle voormalige werkgewer se subjektiewe en objektiewe dienskriteria wat die bevordering verhoed het van swart, onopgevoede werknemers na hoër posisies wat tradisioneel bekleed is deur blanke

³³⁹ *Griggs*, 401 U.S. op 426

³⁴⁰ *Id.* op 431

³⁴¹ *Id.* op 436

³⁴² *Id.* op 431

³⁴³ *Id.* op 432

³⁴⁴ *Id.* Op 436

³⁴⁵ *Wards Cove Packing Co. v Atonio* 490 U.S. 642 (1989)

werknemers.³⁴⁶ Die Appèlhof het ten gunste van die werknemers beslis deur die tradisionele na-Griggs ongelyke impak analise toe te pas. Die Hooggeregshof het egter agtien jaar se toepassing van hierdie ongelyke impak analise gewysig deur die Appèlhof beslissing omver te werp.³⁴⁷

Volgens die Hooggeregshof moet die werknemer die beweerde onbillike dienspraktyk spesifiek identifiseer.³⁴⁸ Die werknemer kon nie bloot 'n "group of practices" bewys nie, maar moes 'n kousale verband aantoon tussen elke individueel geïdentifiseerde praktyk binne die groep en die ongelyke impak daarvan.³⁴⁹ Die hof bepaal voorts dat die bewyslas rondom die bestaan van die onbillike dienspraktyk in geheel op die skouers van die applikant rus, en dat die werkgever slegs die "burden of production" moet kwy, en nie "noodsaak" hoef te bewys nie.³⁵⁰ Ook die Griggs-definisie van besigheidsnoodsaak het onder skoot gekom, en beslis die hof dat "the dispositive issue is whether a challenged practice serves, in a significant way, the legitimate employment goals of the employer."³⁵¹

Volgens die Griggs-definisie van besigheidsnoodsaak kan 'n dienspraktyk, wat bewys word 'n ongelyke impak te hê op 'n beskermde klas, steeds geldig wees indien die dienspraktyk verwant is tot werksprestasie, of 'n duidelike verband het met die werk in geskil.³⁵² Hierteenoor impliseer die Wards Cove-definisie dat 'n dienspraktyk wat 'n ongelyke impak het op 'n beskermde klas geldig is so lank as wat die beweerde onbillike praktyk die legitieme besigheidsdoelwitte van die werkgever betekenisvol bevorder. Die implikasie hiervan is dat 'n geldige dienspraktyk nie meer verwant hoef te wees aan werksprestasie nie.³⁵³

Gegee die beginsel van utiliteit, en verder die behoefte om nie die produktiwiteit van werknemers in te boet nie, sou dit vir my sinvol wees om te volstaan met die Griggs-standaard vir die bewys van besigheidsnoodsaak. Die bepaling van legitieme besigheidsdoelwitte is 'n suiwer subjektiewe oefening wat die werkgever vanuit finansiële

³⁴⁶ Ibid, op 648.

³⁴⁷ Ibid, op 661.

³⁴⁸ Ibid, op 658.

³⁴⁹ Ibid, 656-58.

³⁵⁰ Ibid, 659.

³⁵¹ Ibid, op 664-73. Sien ook uitspraak van Regter Blackmun op 662.

³⁵² Griggs supra, op 431.

³⁵³ Runkel P, 1994: 1186. Sien ook soortgelyke bespreking deur Harvard Law Review Association, 1993: 896-913.

en ander oorwegings bepaal. Die potensiaal en "nuttigheid" van werknemers uit beskermde groeperinge word nie voldoende geakkommodeer deur 'n ignorering van verwagte werksprestasie nie. "Legitieme besigheidsdoelwitte", soos gedefinieer in *Wards Cove* kan ook 'n ernstige benadelende impak hê op persone uit voorheen benadeelde groeperinge, aangesien 'n besigheid tog in alle gevalle sou verkies om die beste moontlike persoon aan te stel vir die werk.

Gelyke geleenthede, soos reeds in die eerste paragraaf van hierdie hoofstuk uitgestip, kan slegs ter sprake wees waar 'n normale en gelyke gemeenskap reeds bestaan. Waar 'n abnormale en ongelyke gemeenskap bestaan, word vereis dat spesiale akkommodasie en objektiewe beoordeling van alle aansoekers ter sprake kom. As 'n noodwendige gevolg van hierdie objektiewe beoordeling van 'n betrokke individu, sal dit noodsaaklik wees om die verwagte werksprestasie te bepaal, en dienoreenkostig 'n praktyk te implementeer wat gebaseer is op die inhoudelike van die betrokke werksprestasie. Indien "legitieme besigheidsdoelwitte" gelyk gestel kan word aan hierdie tipe legitieme praktyk, sou die streng toepassing in *Wards Cove* aanvaarbaar wees. Aangesien *Wards Cove* egter 'n kundige legalisering van die beginsel van "die doel heilig die middele" daarstel, kan ek nie die beslissing steun nie.

5.3.6 Rol van die wetgewer

In reaksie op die *Wards Cove*-beslissing, het die wetgewer gepoog om in te gryp en die *Griggs*-interpretasie van besigheidsnoodsaak te herstel. Hierdie ingrypingspoging word egter deur menige outeurs bestempel as die "*two-year odyssey*", en het die wetgewer uiteindelik nie daarin geslaag om duidelike statutêre standaarde te kodifiseer nie. Daar word bloot melding gemaak van die 17 jaar Hooggeregshof presedent, en is die ganse problematiek rondom die interpretasie van besigheidsnoodsaak effektief teruggegee aan die hof.³⁵⁴

Vir doeleindes van hierdie studie word 'n uiteensetting van die diskussies in die Senaat nie vereis nie, maar dien dit ter vermelding dat die wetgewer myns insiens sy plig om regsekerheid daar te stel, versuim het, deur nie beginselmatig duidelike kriteria vir bepaling van die bewysstandaard in besigheidsnoodsaak neer te lê nie. Die konsep wysigingswet

³⁵⁴ Sien 137 Cong. Rec. S15, 239 (daily ed. Oktober 25, 1991). Sien ook Harvard Law Review Association 1993: 901-904. Sien verder ook Fielding J, 1990: 163-165.

het kriteria vervat, maar is hierdie kriteria nie geïnkorporeer tot die finale wysigingswet nie.³⁵⁵

Rakende sake van spesifieke hoedanigheid, vereis die Wet egter duidelik van 'n klaer om aan te dui wat die spesifieke praktyk of praktyke is wat ongelyke impak veroorsaak. Die Wet maak in hierdie verband ook voorsiening vir die uitsondering dat, waar die werknemer kan aandui dat die elemente van 'n werkgewer se besluitnemingsproses nie verdeel kan word vir doeleindes van 'n analise nie, die besluitnemingsproses geanaliseer kan word as een dienspraktyk.³⁵⁶

Betreffende besigheidsnoodsaak bepaal die Wet dat 'n onwettige dienspraktyk bewys word indien die klaer aandui dat die betrokke praktyk 'n onbillik impak het, en *"the respondent fails to demonstrate that the challenged practice is job related for the position in question and consistent with business necessity."*³⁵⁷ Artikel 105(b) van die Wet bepaal ten aansien van die definisie rondom besigheidsnoodsaak dat:

*"[n]o statements other than the interpretive memorandum appearing at Vol. 137 Congressional record S 15276 (daily ed. Oct. 25, 1991) shall be considered legislative history of, or relied upon in any way as legislative history in construing or applying, any provision of this Act that relates to Wards Cove – Business necessity/cumulation/alternative business practice."*³⁵⁸

Die verklarende memorandum bepaal dat *"[t]he terms 'business necessity' and 'job related' are intended to reflect the concepts enunciated by the Supreme Court in Griggs v. Duke Power...and in the other Supreme Court decisions prior to Wards Cove Packing Co. v. Atonio."*³⁵⁹ Aangesien die Griggs-definisie self nie besonder duidelik is rondom die standaard van besigheidsnoodsaak nie, word die pad weereens gebaan vir verskeie

³⁵⁵ Sien byvoorbeeld die voorgestelde duidelike kriteria soos aanvanklik vervat in die "Civil Rights Bill, House Bill 1" 102d Cong., 1st Session. (1991). Hierdie Konsepwet het ten aansien van besigheidsnoodsaak in artikel 3(o)(1) bepaal dat:

"A. in the case of employment practices involving selection, ...the practice or group of practices must bear a significant relationship to successful performance of the job; or
B. in the case of employment practices that do not involve selection, the practice or group of practices must bear a significant relationship to a significant objective of the employer".

³⁵⁶ 42 U.S.C. artikel 2000e-2(k)(1)(B)(i) (Supp. III 1991).

³⁵⁷ 42 U.S.C. artikel 2000e-2(k)(1)(A)(I) (Supp. III 1991).

³⁵⁸ 42 U.S.C. artikel 1981 note (Supp. III 1991) (Legislative History for 1991 Amendment).

³⁵⁹ 137 CONG. REC. S15, 276 (daily ed. Oct. 25, 1991)

interpretasies.³⁶⁰ Sommige beslissings het foutiewelik aangedui dat die Wet die *Griggs*-standaard van besigheidsnoodsaak herstel en *Wards Cove* omverwerp³⁶¹, maar sodanige afleidings is prematuur en nie in lyn met die bedoeling van die wetgewer of die bewoording van die Wet nie.³⁶²

5.3.7 Die judisiële respons

Die dubbelsinnigheid in die "Civil Rights Act" 1991 het die howe genoop om twee wyd uiteenlopende denkrigtings rondom besigheidsnoodsaak te volg, of selfs 'n nuwe pad in te slaan. Gegee die klem op die historiese aanloop van hierdie verweer, is die ontwikkelingspatroon deur die hofbeslissings, soos uiteengesit in hierdie hoofstuk, egter van kardinale belang.

Dit word opgemerk dat die beslissing in *Watson v. Fort Worth Bank & Trust*³⁶³ reeds voor die beslissing in *Wards Cove* melding gemaak het van die vereiste van "substansiële dispariteit".³⁶⁴ Hierdie pluraliteit-standaard is aanvaar in *Wards Cove*, met die implikasie dat fokus op die bedoeling van die wetgewer versterk is. Regter O'Connor bepaal in hierdie verband dat:

*"...even if one assumed that [intentional] discrimination can be adequately policed through disparate treatment analysis, the problem of subconscious stereotypes and prejudices would remain."*³⁶⁵

Deurdat die besigheidsnoodsaak standaard afgewater is, het die pluraliteitsbenadering van die hof ook die ongelyke impak en ongelyke behandelinge analyses nader aan mekaar laat

³⁶⁰ Sien Runkel P, 1994: 1201. Sien ook soortgelyke bespreking deur Perry PP, 1990: 49-88, in antisipasie tot die 1991 Civil Rights Act.

³⁶¹ Sien byvoorbeeld *Cook v. Billington*, No. 82-0400, 1992 WL 276936, op 82 (D.D.C. Aug. 14, 1992). Sien ook bespreking van die dubbelsinnigheid in die Wet rondom hierdie aspek deur Furfaro JP & Josephson MB, 1991:11, en Holmes SA, 1991: A20.

³⁶² Sien Easterbrook FH, 1988: 59, waar geargumenteer word dat howe 'n objektiewe redelike persoon standaard moet aanwend ten einde statutêre taal te interpreteer, eerder as om te probeer vasstel wat die wetgewer bedoel het.

³⁶³ *Watson v. Fort Worth Bank & Trust* 487 U.S. 977 (1988). Sien ook bespreking deur Fischl RM, 1989: S12-S13.

³⁶⁴ *Ibid*, op 898-99.

³⁶⁵ *Ibid*, op 990.

beweeg.³⁶⁶ Deurdat die “Civil Rights Act” 1991 nie die hof se diskresie substansieel beperk nie, is die weg ook gebaan vir die verskuiwing van die ongelyke impak teorie nader aan die teorie van ongelyke behandeling. Alhoewel die *Wards Cove* definisie van besigheidsnoodzaak duidelik nie as wenslik beskou is deur die Kongres nie, is beslissings soos in *Watson* nie as foutief aangedui nie. Tog, deurdat die wetgewer ‘n afsonderlike aksiegrond vir ongelyke impak gekodifiseer het, onderskeibaar van die aksie vir doelbewuste diskriminasie, word ‘n element van onsekerheid bespeur rondom die saamvoeging van ongelyke impak en ongelyke behandeling. Die *Harvard Law Review Association* bepaal in hierdie verband insiggewend soos volg:

*“It would make no sense to apply the loose definition of ‘business necessity,’ derived from analogizing disparate impact to disparate treatment, when disparate treatment’s placement of the burden of proof on the issue of business necessity has been rejected. Therefore, the defendant-friendly ‘legitimate business goals’ language in Wards Cove, as well as the broad conception of ‘the job in question’ applied in that case, both derived from McDonnell Douglas, ought not be imported into the definition of ‘business necessity’ under the Act.”*³⁶⁷

5.3.8 Bewys van ongelyke impak

Vir doeleindes van bespreking van die standaard van besigheidsnoodzaak, moet die bewyslas in ongelyke impak sake beoordeel word. In hierdie verband bepaal artikel 105(a)(k)(1)(A)(i) van die “Civil Rights Act” 1991 soos volg:

*“An unlawful employment practice based on disparate impact is established if a complaining party demonstrates that a respondent uses a particular employment practice that causes a disparate impact on the basis of race, color, religion, sex, or national origin and the respondent fails to demonstrate that the challenged practice is job related for the position in question and consistent with business necessity.....”*³⁶⁸

³⁶⁶ Sien *Harvard Law Review Association*: 1988: 309, 312-29, waarin gesubmiteer word dat die beslissing in *Watson* ‘n nuwe algemene benadering tot die ongelyke impak leerstuk daargestel, ten einde dit nader aan die ongelyke behandeling leerstuk te bring.

³⁶⁷ *Harvard Law Review Association*, 1993: 913

³⁶⁸ *Civil Rights Act 1991*, Pub. L. No. 102-166, artikel 105, op 1074.

In die interpretasie van die frase “*consistent with business necessity*”, moet die wet ondersoek word ten einde vas te stel of die eenvoudige taal ‘n letterlike betekenis van die frase verskaf. Die wet bied egter nie ‘n verduideliking van “*consistent with business necessity*” nie, behalwe die verwysing na *Wards Cove* in artikel 105(b).³⁶⁹

Dit blyk dat, indien die hof op die wetgewende geskiedenis wil steun, die Danforth memorandum geraadpleeg moet word. Waar die hof egter ‘n meer letterknegtelike uitleg voorstaan, kan daar in ‘n groter mate regskeppend te werk gegaan word en kan sover gegaan word as om die standpunte soos beliggaam in die *Wards Cove* beslissing te bekragtig.³⁷⁰

5.3.8.1 Die bedoeling van die wetgewer

Vanuit ‘n “wetgewende bedoeling” verwysingsraamwerk, sal ag geslaan word op die Danforth memorandum, wat in die relevante gedeelte bepaal dat:

“The final compromise on S. 1745 agreed to by several Senate sponsors, including Senators Danforth, Kennedy, and Dole, and the Administration states that with respect to Wards Cove – [b]usiness necessity... - the exclusive legislative history is as follows:

The terms “business necessity” and “job related” are intended to reflect the concepts enunciated by the Supreme Court in Griggs v. Duke Power Co., and in the other Supreme Court decisions prior to Wards Cove Packing Co. v Atonio.”³⁷¹

Hierdie stelling dui tereg aan dat die Kongres nie saamgestem het met die beslissing in *Wards Cove* nie, en dat daar ‘n versugting was om nie hierdie beslissing se standaard van besigheidsnoodsaak te implementeer nie.

Daar kan ook ag geslaan word op ander bepalings in die “Civil Rights Act” 1991 ten einde die bedoeling van die wetgewer te onbloot. In hierdie verband bepaal artikel 2 dat:

³⁶⁹ Civil Rights Act of 1991, 105 Stat., op 1075, wat soos volg bepaal: “No statements other than the interpretive memorandum appearing at Vol. 137 Congressional record S 15276 (daily ed. Oct. 25, 1991) shall be considered legislative history of, or relied upon in any way as legislative history in construing or applying, any provision of this Act that relates to Wards Cove – Business necessity...”

³⁷⁰ Sien Runkel P, 1994: 1230. Sien ook bespreking deur Regter Scalia in *EEOC v Arabian American Oil Corporation*, 111 S. Ct. 1227, 1236-37 (1991).

³⁷¹ 137 CONG. REC. S15, 276

*“the decision of the Supreme Court in Wards Cove Packing Co. v. Atonio has weakened the scope and effectiveness of Federal civil rights protections... legislation is necessary to provide additional protections against unlawful discrimination in employment.”*³⁷²

Dienooreenkomstig formuleer artikel 3 die doelwitte van die Wet soos volg:

*“...[t]o codify the concepts of ‘business necessity’ and ‘job related’ enunciated by the Supreme Court in Griggs v. Duke Power Co., and in other supreme Court decisions prior to wards Cove Packing Co. v. Atonio...[and] to respond to recent decisions of the Supreme Court by expanding the scope of relevant civil rights statutes in order to provide adequate protection to victims of discrimination.”*³⁷³

Dit blyk duidelik uit bostaande verwysings dat die “Civil Rights Act” sonder twyfel ten doel gehad het om die *Wards Cove* beslissing omver te werp en om die interpretasie van besigheidsnoodsaak te laat terugkeer na die posisie waarin dit was voor die *Wards Cove* beslissing. Die wet gee uiting aan die Kongres se bedoeling om beskerming teen diensdiskriminasie uit te brei, waar *Wards Cove* dit beperk het. Indien die “wetgewende bedoeling” benadering van interpretasie dus gevolg word, sal die werknemer in ‘n meer gunstige posisie wees as wanneer ‘n “teksmatige” benadering gevolg sou word.

5.3.8.2 Die teksmatige benadering

Vanuit ‘n praktiese oogpunt is die teksmatige benadering aantreklik, aangesien sowel die Danforth memorandum as die “Civil Rights Act” 1991 as dubbelsinnig vertolk kan word, en dus nie ‘n groter rol as blote riglyn hoef te speel nie. Ten einde duidelikheid te kry, sal tekstualiste hulle vervolgens wend na die struktuur en doel van die reg, eerder as om betrokke te raak in die wetgewende geskiedenis. In hierdie verband sal ander bepalings van die betrokke wet ondersoek word, en behoort daar ook ag geslaan te word op die

³⁷² Civil Rights Act of 1991, Publ. L. No. 102-166, artikels 2(2) – 2(3), 105 Stat. 1071.

³⁷³ Ibid, artikels 3(2) en 3(4). Sien e gter Senator Dole se verklaring rondom die interpretasie van ongelyke impak, soos gelewer by die ondertekening van die “Civil Rights Act” 1991 (27 Weekly Comp. Pres. Doc. 1701, 1702, Nov. 21, 1991).

interpretasies van besigheidsnoodsaak deur ander statutêre liggame – in die onderhawige geval die EEOC.³⁷⁴

Die voorsitter van die EEOC in 1991 (Evan Kemp) verklaar in Junie 1991 dat 'n definisie van besigheidsnoodsaak gekoppel aan werksprestasie “[would] *“make it extremely difficult, if not impossible for employers to show that use of educational credentials and objective measures of academic achievement are legally defensible...[employers] will have little choice but to revert to hiring by the numbers,” if business necessity were tied to job performance.*”³⁷⁵

Die vertolking van die 1991 *Civil Rights Act* deur die EEOC, soos hierbo aangehaal, verteenwoordig 'n letterknegtelijke vertolking van die wet wat nie ruimte laat vir die beginsels van objektiewe toetsing gekoppel aan verwagte diensprestasie nie. Hierdie teksmatige interpretasie van “besigheidsnoodsaak” lei duidelik tot 'n interpretasie geheel in stryd met die Wet se uitgestipte doelwitte, en kan nie ondersteun word nie.

5.3.8.3. Die utilitaristiese benadering

Gebaseer op die beginsel van utiliteit, blyk dit noodsaaklik te wees dat 'n omvattende en duidelike bewysstandaard vir die verweer van besigheidsnoodsaak in wetgewing vervat word. Die beginsel dat “die grootste hoeveelheid geluk vir die grootste aantal persone” moet realiseer, behoort hier toepassing te vind. Geen applikant sal ten gunste wees van 'n stelsel wat direk of indirek sal diskrimineer, sonder dat die kriteria wat aangewend word ooreenstemming toon met die verwagte werksprestasie nie. Die wese van die besigheidsnoodsaak verweer moet utiliteit aanmoedig, en behoort dubbelsinnigheid in die interpretasie van die verweer deur die wetgewer uitgeskakel te word.

In Amerika word die historiese ontwikkeling van die reg sterk voorgestaan, en is die bogaande uiteensetting van verskillende hofbeslissings aanduidend daarvan dat die uitkristallisering van kriteria om gebruik te word in die bepaling van die legitimiteit van die besigheidsnoodsaak verweer, 'n uitgerekte en onbevredigende proses is. Deurdat die

³⁷⁴ Sien Runkel P, 1994: 1234-5.

³⁷⁵ Kemp E, 1991: A-15. Sien egter ook kritiek deur Senator Kennedy, 1992: A-10: ““You’re charged as an independent agency to root out discrimination and you’ve chosen to adopt the narrower interpretation...That sends a powerful negative message.”

wetgewer ook nie in duidelike taal die bewysmaatstaf vir besigheidsnoodsaak uitspel nie (wetgewer verwys bloot na hofuitsprake tot en met *Wards Cove*) word regsonsekerheid in die hand gewerk. Hierdie stand van sake kan nie geluksaligheid aanmoedig nie. Die taak om 'n wet uit te lê kan ook verder bemoeilik word deur die bestaan van inherente dubbelsinnigheid van taal en die feit dat 'n enkele bedoeling gekoppel moet word aan 'n groep verskillende individue betrokke in die wetgewende proses.

Ten einde hierdie historiese proses van regsontwikkeling vry te spring, en ook enige dubbelsinnigheid rondom die inhoud van die verweer uit die weg te ruim, word daar vanuit 'n utilitaristiese uitgangspunt geredeneer dat die beginsels soos vervat in die gevestigde Amerikaanse bestel, paslik gemodifiseer moet word ten einde bruikbaar te wees in 'n ander land (soos Suid-Afrika), en dat 'n verantwoordbare stel kriteria die bewysraamwerk van hierdie verweer statutêr moet reguleer.

Indien die *Griggs* standaard ondersteun sou word, sal 'n uniforme streng besigheidsnoodsaak standaard daargestel word. Aangesien 'n absolute streng standaard (soos bespreek hierbo) nie die komplekse aangeleenthede rondom kwalifikasies vir toesighouers, professionele persone en ander komplekse beroepe na bevrediging sal kan hanteer nie, behoort die wetgewer die objektiewe analise van die werksrelevantheids-toets te beperk deur te verwys na die "inherente" vereistes van die werk. Hierdie beperking vereis 'n streng analise van die aard (en kompleksiteit) van die werk in geskil.

Ongeag die kriteria van "besigheidsnoodsaak", blyk dit dat daar nie net een onbuigsame standaard van besigheidsnoodsaak in alle gevalle aangewend kan word nie. Die standaard moet aangepas word tot die werk of beroep in geskil. Uit die analise van Hooggeregshofbeslissings in hierdie studie, is dit ook bevestig dat die houe in wese verskillende standaarde toepas op beroepe, gebaseer op die kompleksiteit van die betrokke beroepe.³⁷⁶

Vir doeleindes van utiliteit behoort 'n streng standaard ingestel te word vir beroepe met 'n eenvoudige inhoud (dit sluit in 'n werk wat nie groot besluitnemingsbevoegdheid of professionele opleiding behoef nie) en 'n meer buigsame standaard vir komplekse beroepe

³⁷⁶ Sien ook Runkel P, 1994: 1239. Sien ook bevestiging van hierdie standpunt in die analise van administratiewe besluite rondom besigheidsnoodsaak, soos saamgestel deur die VSA Departement van Arbeid, 1996: 1-6.

(wat groter en ingewikkelde besluitnemingsbevoegdheid of professionele opleiding behoef). Die bewys van die standaard moet *ad hoc* deur die hof geskied, en moet getuienis *ad hoc* voorgelê word ter bepaling van die kompleksiteit van 'n betrokke werk. Indien 'n streng besigheidsnoodsaak standaard aangewend word ten aansien van minder komplekse beroepe, sal bedekte, indirekte en selfs onbewustelike diskriminasie verhoed word. Die werkgever sal steeds, op sy beurt, geleentheid gegun word om die legitimiteit (en die besigheidsnoodsaaklikheid) van die betrokke vereiste of kwalifikasie te bewys.

Die vraag kan nou ontstaan of die buigsame standaard by meer komplekse beroepe nie die weg sal baan vir bedekte diskriminasie of onbewuste bevooroordeelning nie. In hierdie verband redeneer *Bartholet* dat regters in beginsel vanuit dieselfde sosiale strata getrek word as die werkgewers wie se besluite hulle moet hersien, en dat die vertrouwdheid met die dilemmas wat hulle sosiale en ekonomiese eweknieë moet hanteer, tot gevolg kan hê dat regters nie maklik inmeng met die praktyke van hierdie werkgewers nie.³⁷⁷ Indien 'n steng besigheidsnoodsaak standaard ingestel word, sal die judisiële diskresie beperk word en die probleem moontlik ondervang word. Werkgewers sal vereis word om presies aan te toon hoekom die behoefte vir hulle praktyke of werksvereistes swaarder weeg as die benadeling van die werknemers of applikant, en sal die howe onafhanklike beslissings rondom hierdie rationale kan maak.

Bedekte en onbewustelike diskriminasie sal volgens *Spiropoulos* ook makliker uitgewys word indien dit van die werkgever verwag word om die praktyk bevestigend te regverdig.³⁷⁸ Waar die werkgever nie die praktyk of inherente vereiste as noodsaaklik vir doeleindes van die effektiewe bedryf van sy besigheid kan bewys nie, sal die applikant se aksie eenvoudig slaag. Dit volg dat, ten einde die besigheidsnoodsaak standaard te kan aanwend, daar van die werkgever verwag moet word om bevestigend te bewys dat sy inherente vereistes vir die werk noodsaaklik is en die legitieme belange van die werkgever dien. Ten einde die verweer te laat slaag, moet die werknemer ook nie in staat wees om enige alternatiewe dienspraktyk of werksvereistes aan te toon waardeur die werkgever se doelwitte bereik kan word sonder dat ongelyke impak daargestel word nie.

Vanuit 'n utilitaristiese benadering, behoort die suksesvolle kriteria, soos reeds suksesvol toegepas in die VSA, voor die Wards Cove-hofsaak, paslik geïntegreer te word ten einde 'n

³⁷⁷ Bartholet E, 1983: 955-59.

³⁷⁸ Spiropoulos AC, 1996: 1551-3

internasionaal verantwoordbare verweer daar te stel. Die doel van bereiking van die “grootste geluk vir die grootste aantal persone” laat nie ruimte vir die formulering van neutrale dienskriteria wat indirek persone in bepaalde groepe disproporsioneel diskwalifiseer nie. Die betrokke land waar die verweer van besigheidsnoodsaak aangewend sou word (bv. in Suid-Afrika), sal uit hoofde van die betrokke nasionale prioriteite en regionale behoeftes moet bepaal watter tipe dienskriteria as neutraal aanvaar kan word. Wetgewing behoort vergestaltung te gee aan die gemodifiseerde verweersraamwerk, wat ook onbewustelike diskriminasie aanspreek.

Verskeie voortslepende struikelblokke tot gelyke geleentheid is nie altyd die resultaat van doelbewuste diskriminasie nie, maar juis die resultaat van gewoontes en sieninge wat oor etlike honderde jare gevestig is in sekere groeperinge. Dit kan gevolglik gebeur dat ‘n werkgewer, wat nie teen swart persone wil diskrimineer nie, onbewustelik diensvereistes instel wat swart persone disproporsioneel diskwalifiseer.³⁷⁹ In die afwesigheid van ‘n wetlik gereguleerde besigheidsnoodsaak verweer, kan die meer subtiele vorme van diskriminasie dalk oor die hoof gesien word. Die statutêre regulering van die besigheidsnoodsaak verweer sal werkgewers verplig om die handhawing van praktyke wat bepaalde groeperinge disproporsioneel affekteer, te regverdig.³⁸⁰ In stede daarvan om te wag dat hierdie verweer histories ontwikkel in ‘n betrokke land, word daar in hierdie proefskrif voorgestel dat die verweer (wat reeds goed gevestig is in die VSA) met die nodige modifisering(s) erken word as ‘n universeel aanvaarbare verweer, wat paslik vervat moet word in die wetgewing van ‘n betrokke land (soos Suid-Afrika).

Hieronder volg ‘n voorgestelde bewoording van die bewysraamwerk vir die besigheidsnoodsaak verweer, wat geïntegreer is ten einde al die suksesvolle bewysmaatstawwe en –kriteria wat toegepas word in die VSA, te omvat.

³⁷⁹ Deur die vereiste dat die persoon vaardig in die lees en skryf van Afrikaans moet wees, kan daar onbewustelik gediskrimineer word teen swart persone wat nie op die stadium wat hy of sy gestudeer het, toegang gehad het tot Afrikaanse onderrig nie.

³⁸⁰ Dit is egter belangrik om daarop te let dat die ongelyke impak aksiegrond nie ten doel het om werkgewers te verplig om ongekwalifiseerde individue aan te stel nie. Die werkgewer moet bloot sy dienspraktyke hersien ten einde te verseker dat die diensvereistes wat gestel word werklik noodsaaklik is vir die verrigting van die werk. Die ongelyke impak aksiegrond het ten doel om nie alleen gelyke geleentheid in diens te bevorder deur die uitfassing van onnodige struikelblokke nie, maar om ook ware werkgewersprerogatiwe te beskerm deur die noodsaaklike vereistes van ‘n werk te erken.

'n Gekonsolideerde, maar ondubbelsinnige, bewysraamwerk word voorgestel ten einde universele toepassing te vergemaklik:

A. DIE BEWYSRAAMWERK VIR BESIGHEIDSNODSAAK BY DIREKTE DISKRIMINASIE:

- (a) Dit sal nie 'n onbillike dienspraktyk deur 'n werkgewer daarstel nie indien 'n werkgewer persone in diens neem op grond van die persoon se ras, geloof, geslag, gestremdheid of nasionale oorsprong nie, waar geloof, geslag, gestremdheid of nasionale oorsprong 'n wettige *bona fide* beroepskwalifikasie is.
- (b) 'n *Bona fide* beroepskwalifikasie word beskou as wettig vir doeleindes van paragraaf (a) indien die betrokke beroepskwalifikasie:
- werksverwant is;
 - redelikerwys noodsaaklik is vir die normale operering van 'n besigheid of onderneming; en
 - redelikerwys noodsaaklik is om te verhoed dat die wese van die besigheid of onderneming ondermyn word.
- (c) 'n *Bona fide* beroepskwalifikasie sluit in enige *bona fide* beroepstandaard of *bona fide* beroepskriteria op grond waarvan daar direk gediskrimineer word deur die werkgewer.
- (d) 'n *Bona fide* beroepskwalifikasie hoef nie slegs op die essensiële funksies van die werk van toepassing te wees nie, maar mag al die funksies van 'n werk evalueer of meet, waarna werkgewers persone mag selekteer en aanstel wat al sodanige funksies kan verrig.
- (e) 'n *Bona fide* beroepskwalifikasie kan bewys word werksverwant te wees, deur getuienis van die volgende te lewer:
- 'n Taakanalise waarin belangrike werksgedrag te geïdentifiseer en gekwantifiseer is;

- 'n Professionele evaluering waarin vasgestel is watter kennis, vaardigheid en vermoëns vereis word om die betrokke werkstake suksesvol af te handel;
- 'n Statistiese studie waarin die verwantskap tussen die resultaat van die selekteringsinstrument en die suksesvolle werksprestasie bepaal is.

B. DIE BEWYSRAAMWERK VIR BESIGHEIDSNODSAAK BY INDIREKTE DISKRIMINASIE:

- (a) Dit sal nie 'n onbillike dienspraktyk deur 'n werkgever daarstel nie indien 'n werkgever deur middel van 'n beleid, prosedure, kriteria, praktyk, program, plan, maatreël of toets diskrimineer op grond van 'n werknemer se geloof, ras, geslag, gestremdheid of nasionale oorsprong nie, waar geloof, geslag, gestremdheid of nasionale oorsprong gebaseer word op geregverdigde besigheidsnoodsaak.
- (b) Besigheidsnoodsaak word beskou as geregverdig vir doeleindes van paragraaf (a) indien:
- daar 'n oorheersende en deurslaggewende legitieme besigheidsdoel bestaan wat die praktyk redelikerwys noodsaaklik maak vir die veilige en effektiewe bedryf van die besigheid; en
 - redelikerwys noodsaaklik is om te verhoed dat die wese van die besigheid of onderneming ondermyn word; en
 - die diskriminerende beleid, prosedure, kriteria, praktyk, program, plan, maatreël of toets wat die ongelyke impak veroorsaak het, werksverwant is; en
 - in beweerde diskriminasie op grond van gestremdheid, dat redelike akkommodasie nie moontlik was ten einde die onbillike arbeidspraktyk te verhoed nie.
- (c) “Werksverwant” word gedefinieer as “verwant tot werksprestasie”, en sluit in alle verwagtinge wat die werkgever van die betrokke werknemer of applikant het, gebaseer op die inherente vereistes van die betrokke pos en die inherente, onveranderlike karaktereienskappe van die werknemer of applikant.

- (d) “Werksverwante” beleid, prosedure, kriteria, praktyk, program, plan, maatreël of toets moet gelegitimiseer word deur bewys daarvan dat die vereiste standaard voldoende relevant is tot suksesvolle werksprestasie of ‘n duidelike verband toon met die werk in geskil.
- (e) Die volgende diskriminerende dienspraktyke word nie beskou as redelikerwys noodsaaklik vir die bereiking van besigheidsdoelwitte nie:
- ekonomiese welvaart van die werkgewer of besigheid of onderneming;
 - finansiële administratiewe kostes rondom die wysiging van diskriminerende dienspraktyke;
 - aandrang van of dreigemente deur ‘n vakbond of groepering persone.
- (f) Diskriminerende beleid, prosedure, kriteria, praktyk, program, plan, maatreël of toets, wat ongelyke impak veroorsaak, moet *prima facie* deur die werknemer bewys word. Die *prima facie* bewyslas word gekwyt deur die bewys van:
- ‘n ongelyke impak van die beleid, prosedure, kriteria, praktyk, program, plan, maatreël of toets op grond van ras, geslag, nasionale oorsprong, gestremdheid of geloof; en
 - die beskikbaarheid van effektiewe alternatiewe standarde wat ‘n mindere mate van ongelykheid sal daarstel.
- (g) Ongelyke impak word vir doeleindes van paragraaf (f) geïnterpreteer as die feitelike dispariteit van die regsgevolge van die benadelende beleid, prosedure, kriteria, praktyk, program, plan, maatreël of toets soos ingestel deur die werkgewer, op die werknemer of applikant of publieke veiligheid.
- (h) Na bewys van ‘n *prima facie* diskriminerende impak deur die a pplikant, moet die werkgewer bewys dat die beleid, prosedure, kriteria, praktyk, program, plan, maatreël of toets geregverdigde besigheidsnoodsaak daarstel.

HOOFSTUK 3

ANALISE VAN BESTAANDE BILLIKHEIDSINSTRUMENTE IN SUID-AFRIKA

1. INLEIDING

Die armoede in Afrika en die geïsoleerde vooruitgang van ontwikkelde lande, is deur die *Organisation of African Unity (OAU)* tydens die OAU Beraad op 11 Julie 2001 beskou as faktore wat die ekonomiese en maatskaplike ontwikkeling van die Afrika kontinent belemmer. Ooreenstemming is tydens hierdie Beraad bereik rondom die promovering van 'n eie Afrika kultuur en tradisie, met gepaardgaande plasing van strategiese planne op die tafel ten einde samewerking met en leiding van ontwikkelde lande te verseker. Die dokument soos tydens hierdie Beraad aanvaar deur die onderskeie lede van die OAU (*A New African Initiative: Merger of the Millennium Partnership for the African Recovery Programme (MAP) and Omega Plan*) is in Oktober 2001 geïnkorporeer tot die die daarstelling van NEPAD (*The New Partnership for Africa's Development*).¹

As lid van die NEPAD vennootskap, deel Suid-Afrika die siening dat:

*"The continued marginalisation of Africa from the globalisation process and the social exclusion of the vast majority of its peoples constitute a serious threat to global stability."*²

In hierdie hoofstuk word die behoeftes van Afrika geïntegreerd beskou tot die van Suid-Afrika. Nie alleen ander Afrika lande nie, maar ook Suid-Afrika, gaan gebuk onder abnormale armoede, ongelikheid en misdaad. Deurdat NEPAD 'n sterk gekonsolideerde benadering daargestel het ten einde die abnormaliteite in Afrika aan te spreek, word aan die hand gedoen dat die aanbevelings rondom inkorporering van die ontwikkelde regsbeginsele van diensbillikheid in die Suid-Afrikaanse diensbillikheidsbestel, ook beskou kan word as 'n aanbeveling tot inkorporering van die betrokke beginsele in die diensbillikheidsstelsels van ander Afrika lande. Die gedagte is dat bewese regsinstrumente, soos ontwikkel deur vooruitstrewende westerse lande, gebruik kan word om die **ontwikkeling van die reg in Suid-Afrika (en ook ander Afrika lande) te lei**. Hierdie utilitaristiese benadering tot die ontwikkeling van die reg

¹ Sien The New Partnership for Africa's Development (NEPAD), October 2001, <http://www.dfa.gov.za/events/afrinit.htm>

² The New Partnership for Africa's Development (NEPAD), 2001:1

kan beskou word as 'n instrument waardeur daar op 'n versnelde basis uitvoering gegee kan word aan die internasionale integreringstrategieë soos beliggaam in die *African Recovery Programme (MAP)* en die *Omega Plan* van Suid-Afrika.³ 'n Historiese benadering, soos voorgestaan deur Von Savigny⁴, sal nie die dringende behoefte van versnelde regsontwikkeling kan aanspreek nie.

In hierdie verband kan die bestaan van gevestigde billikheidsleerstukke, en gepaardgaande wetgewing daaroor in vooruitstrewende westerse lande, beskou word as deel van die tegnologiese onderbou van 'n ontwikkelde land wat verseker dat vooruitgang, billikheid en die promovering van demokrasie realiseer. Deur leiding oor hierdie aspekte te ontvang, kan Afrika (insluitend Suid-Afrika) die onderontwikkeling in Afrika, en spesifiek Suid-Afrika, op 'n versnelde basis aanspreek. Hieroor bepaal NEPAD soos volg:

"We are convinced that an historic opportunity presents itself to end the scourge of underdevelopment that afflicts Africa. The resources, including capital, technology and human skills, that are required to launch a global war on poverty and underdevelopment exist in a bundance, and are within our reach. What is required to mobilize these resources and to use them properly, is bold and imaginative leadership that is genuinely committed to a sustained human development effort and poverty eradication, as well as a new global partnership based on shared responsibility and mutual interest."⁵

In hierdie hoofstuk word billikheidsinstrumente wat toepassing vind in die Suid-Afrikaanse bestel ondersoek. Die Suid-Afrikaanse grondwet, daaropvolgende billikheidswetgewing, nasionale beleid rondom billikheid en gelykheid, asook die daarstelling van gesagstrukture om diensbillikheid af te dwing, word beoordeel.

Die diensgelykheidsverslag van die Departement van Arbeid 2000 word krities ontleed, met volledige verwysing na die Nasionale Menslike Hulpbronstrategie van Suid-Afrika. Die diensbillikheidsstelsel in Suid-Afrika moet aan die nasionale behoeftes van en spesifieke nasionale prioriteite in Suid-Afrika kan voldoen, en word paslike kritiek diensooreenkomstig uitgespreek op die bestaande diensbillikheidsstelsel in Suid-Afrika.

³ Sien *A New African Initiative: Merger of the Millennium Partnership for the African Recovery programme (MAP) and Omega Plan*, July 2001: 4

⁴ Vergelyk Stumpf SE, 1994: 416-417

⁵ The New Partnership for Africa's Development (NEPAD), October 2001: 1-2 (eie beklemtoning)

Aangesien nie alles uit die vorige regime beskou kan word as “sleg” nie, en gegee ook die bestaan van goeie wetsformulerings in sommige opsigte, moet die rol van kollektiewe bedinging as addisionele instrument tot deurlopende, dinamiese verandering, beoordeel word. Die spesifieke rol en bydrae van NEDLAC word ook in hierdie hoofstuk aangespreek.

Die rekruteringsdilemma en probleme rondom die behoud van werknemers vanuit voorheen benadeelde groeperinge in die werksplek, verdien beoordeling in hierdie hoofstuk. Hierteenoor word die internasionale verwagtinge, soos beliggaam in internasionale billikheidsinstrumente, ondersoek as ‘n finale meetinstrument in die bepaling of Suid-Afrika sy internasionale billikheidsverantwoordelikheid nakom.

2. DIENSBILLIKHEID IN SUID-AFRIKA

2.1. STATUTÊRE REGULERING VAN BILLIKHEID

In Suid-Afrika word die onderliggende waardes van die gelykheids-etos gevind in die konstitusionele beginsels van die Suid-Afrikaanse Grondwet 1996. Daar word *inter alia* voorsiening gemaak vir:

- (i) *Die daarstelling van ‘n demokratiese sisteem van regering, verbind tot die bereiking van gelykheid tussen mans en vrouens van alle rasse.*
- (ii) *Dat die Grondwet ras, geslag en alle ander vorme van diskriminasie verbied en ras- en geslagsgelykheid bevorder.*
- (iii) *Dat die regsisteem sal verseker dat gelykheid van almal voor die reg geskied. Gelykheid voor die reg sluit in wette, programme of aktiwiteite wat as doel het die verbetering van die kondisies van die benadeeldes, insluitende daardie persone benadeel op gronde van ras, kleur of geslag.⁶*

Volgens *Kadalié* is formele gelykheid, soos beliggaam in die wette van ‘n land, egter nie voldoende nie. Formele gelykheid moet aangevul word deur substantiewe gelykheid, of

⁶ Sien die konstitusionele beginsels soos beliggaam in die Grondwet van die Republiek van Suid Afrika, Wet 108 van 1996, en bespreking van die grondbeginsels in *Hugo v. State President of the RSA* 1996 6 BCLR 876 (D).

"equity of results".⁷ Die vraag is of die Suid-Afrikaanse Wetgewer voldoende daarin slaag om gelykheid 'n realiteit in die lewe van alle manne en vroue te maak?⁸

Artikel 7(1) van die Handves van Menseregte 1996 bevestig die demokratiese waardes van waardigheid, gelykheid en vryheid. Verder bepaal artikel 7(2) ook dat die staat alle regte soos vervat in die Handves van Menseregte moet respekteer, beskerm, bevorder en ten uitvoer bring. Wat betref die implementering van substantiewe gelykheid, gelas artikel 9(4) van die RSA Grondwet, Wet 108 van 1996, die regering om nasionale wetgewing te promulgeer ten einde onbillike diskriminasie te verhoed en te verbied. Die Suid-Afrikaanse Wetgewer het gepoog om hierdie verpligting tot uitvoering te bring ten aansien van die regulering van arbeidsverhoudinge⁹, basiese diensvoorwaardes¹⁰ en gelyke diensgeleenthede.¹¹

Die gelykheidsbepalings in die Suid-Afrikaanse grondwet bepaal onomwonde dat elke persoon gelyk is voor die reg, en elkeen oor die reg tot gelyke beskerming en voordeel van die reg beskik.¹² Gelykheid sluit in die volle genieting van alle regte en vryhede, en word die instelling van regstellende maatreëls ten einde sodanige gelykheid te beskerm, statutêr gemagtig. Artikel 9(2) van die Grondwet van Suid-Afrika bepaal in hierdie verband soos volg:

"To promote the achievement of equality, legislative and other measures designed to protect or advance persons, or categories of persons, disadvantaged by unfair discrimination may be taken."

Ten einde uitvoering te gee aan artikel 9(2) van die grondwet, mag nie die staat of enige persoon direk of indirek diskrimineer teen enige persoon op een of meer arbitrêre gronde nie, ingesluit ras, geslag, swangerskap, maritale status, etniese of sosiale oorsprong, kleur, seksuele oriëntasie, ouderdom, gestremdheid, gewete, geloof, kultuur, taal en geboorte.¹³ Diskriminasie op een van die gronde wat uitdruklik gelys is, word

⁷ Sien Kadalie R, 1995: 64. Sien ook soortgelyke besprekings in Loenen T, 1994: 253 en Albertyn C & Kentridge J, 1994:149-151.

⁸ 'n Opname soos gedokumenteer in die *Green Paper: Policy Proposals for a New employment and Occupational Equity Statute* Government Gazette No 17303 of 1 July 1996: 7 toon aan dat die Suid-Afrikaanse arbeidsmark verskeie ingelykhede weerspieël, nie alleen ten aansien van ras nie, maar ook geslag. Spesifieke verwysings word gemaak na die oneweredige verdeling van inkomste in Suid-Afrika, die laer inkomste van swart persone, die lae getal formeel oorgeleide swart dames en die konsentrasie van swart dames in die laer bestuursposisies.

⁹ Sien die Wet op Arbeidsverhoudinge, Wet No. 66 van 1995.

¹⁰ Sien die Wet op Basiese Diensvoorwaardes, Wet No. 75 van 1997.

¹¹ Sien die Wet op Gelyke Diensgeleenthede (Employment Equity Act), Wet No. 55 van 1998, en die *Promotion of Equality and Prevention of Discrimination Act, Act Nr. 4 of 2000*.

¹² Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, Wet 108 van 1996, artikel 9(1).

¹³ Sien artikel 9(3) en (4) van die Grondwet van Suid-Afrika.

beskou as onbillik, tensy dit bewys word dat die diskriminasie wel billik is.¹⁴ Waar diskriminasie onbillik blyk te wees, word die benadeelde persoon geregtig op die remedies soos voorsien deur die toepaslike wetgewing.

In die saak van *Harksen v Lane NO and Others* is daar, in ooreenstemming met bogaande uiteensetting, riglyne neergelê vir die interpretasie van die gelykheidsbepaling in die grondwet. 'n Applikant wat beweer dat sy reg op gelykheid aangetas is, moet volgens hierdie uitspraak die volgende aantoon:

- *“that the provision under attack differentiates between people, or categories of people, and that this differentiation is not rationally connected to a legitimate governmental objective (this is a section 9(1) inquiry), or;*
- *that he or she has been unfairly discriminated against. If the differentiation is on one of the grounds specified in section 9(3), then discrimination is deemed to be established. If the differentiation is not one of the specified grounds, then discrimination is only deemed to have taken place if, objectively, the ground is based on attributes or characteristics which have the potential to impair fundamental dignity. If the discrimination is not on one of the specified grounds then the applicant will have to demonstrate unfairness by showing, inter alia, that the impact of the discrimination on him or her is unfair.*
- *Even if the discrimination is found to be unfair, the measure may still be saved if it is a law of general application and reasonable and justifiable in terms of the limitation clause.”¹⁵*

Die regverdiging van diskriminasie is verder ook in *Prinsloo v Van Der Linde and Another* beoordeel, waar beslis is dat: *“...whether a classification is permissible, would then depend on the purpose of the classification and whether there is a sufficient link between the criteria used to effect the classifications and the governmental objectives.”¹⁶*

Dit volg uit bogaande beslissings dat die gelykheidsleerstuk in Suid-Afrika 'n onderskeid maak tussen gevalle waar differensiasie gebaseer word op gronde wat 'n persoon se waardigheid as mens affekteer en differensiasie wat nie op sulke gronde gebaseer word nie. Waar die differensiasie nie die menswaardigheid van 'n persoon affekteer nie, kan daar gevolglik nie geredeneer word dat daar 'n oortreding van artikel 9(1) van die grondwet teenwoordig is nie.

¹⁴ Sien artikel 9(5) van die Grondwet van Suid-Afrika.

¹⁵ *Harksen v Lane NO and Others* 1997 (11) BCLR 1489 (CC)

¹⁶ *Prinsloo v Van der Linde and Another* 1997 (6) BCLR 759 (CC)

2.2. STATUTÊRE REGULERING VAN DIENSBILLIKHEID

Bykomend tot die algemene diskriminasie verbieding soos vervat in artikel 9 van die Grondwet, word diensbillikheid ook fundamenteel beskerm in artikel 23 van die Grondwet.

Artikel 23(1) van die RSA Grondwet bepaal dat elke persoon die reg het op billike arbeidspraktyke. Deurdag hierdie reg word geformuleer is, vind die artikel nie alleen toepassing op werknemers nie, maar ook applikante.¹⁷ Soos beslis in *George v Western Cape Education Department* word die “reg op billike dienspraktyke” uitgelê om toepassing te vind op enige fundamentele reg wat aan enige praktyk in die werksplek gekoppel kan word.¹⁸

Ter implementering van die algemene diskriminasieverbieding in die grondwet (artikel 9) en die verbieding tot diskriminerende arbeidspraktyk (artikel 23) is die sistemiese afdwinging van ongelykheid op verskeie kere deur die Konstitusionele hof veroordeel.¹⁹ Die hoewe se interpretasie van diskriminasie het ten doel om regskeppend die algemene bepalinge in die Wet uit te lê oor ‘n tydperk. Gegee die nood tot verandering in Suid-Afrika, en die gevolglike behoefte om eerder deur die reg te lei, as om die reg deur ‘n presedentesisteen te ontwikkel, is die Wet op Arbeidsverhoudinge (Wet No. 66 van 1995), die Wet op Basiese Diensvoorwaardes (Wet No. 75 van 1997), die “Employment Equity Act” (Wet No. 55 van 1998)²⁰, en die “Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act”, Wet no. 4 van 2000 geformuleer.²¹

¹⁷ Die definisie van “werknemer” in artikel 213 van die LRA sluit egter onafhanklike kontrakteurs spesifiek uit. Sien ook *Smit v Workmen's Compensation Commissioner* 1979 1 SA 51 (A). Du Toit, 1998P: 4B-19 bevestig ook hierdie interpretasie as juis.

¹⁸ Sien *George v Western Cape Education Department* 1996 2 BLLR 166 (IC) en *Don Products v Monage* 1992 13 ILJ 900 (LAC). Artikel 23(1) kan aldus aanwending vind as basis vir verwerpe wat nie direk ondersteun word deur enige van die substantiewe regte vervat in die LRA of die Grondwet nie.

¹⁹ Sien *S v Makwanyane* 1995 6 BCLR 665 (CC); Sien ook *Shabalala v Attorney-General*, Tvl 1996 1 SA 725 (CC); 1995 12 BCLR 1593 par [2]; *Brink v Kitshoff* 1996 6 BCLR 752 (CC); 1996 4 SA 197 (CC) par [40]; *Fraser v The Children's Court* 1997 2 BCLR 153 (CC); 1997 2 SA 261 (CC) par [20]. Vergelyk ook Artikel 44 van die Versekeringswet, Wet 27 van 1943 wat ongeldig verklaar is in *Brink v Kitshoff* 1996 6 BCLR 752 (CC) op grond van geslagsdiskriminasie.

²⁰ Hierna genoem die “Employment Equity Act”, en afgekort “EEA”.

²¹ Sien *Marshall v. Southampton and SW Hampshire AHA* [1986] ICR 335 (ECJ) vir voorbeelde van objektiewe kriteria in die beoordeling van diskriminasie. Sien ook *Pickstone v. Freemans plc* [1988] ICR 697 (HL) en *Duke v. GEC Reliance* [1988] IRLR 118 vir ‘n analise van onbillike eiesoortige behandeling.

2.2.1 Die “Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act”

Die “Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act”, Wet No. 4 van 2000, definieer diskriminasie as volg:

“‘discrimination’ means any act or omission, including a policy, law, rule, practice, condition or situation which directly or indirectly –

- (a) imposes burdens, obligations or disadvantage on; or*
- (b) withholds benefits, opportunities or advantages from, any person on one or more of the prohibited grounds.”²²*

Gelykheid word op sy beurt deur die “Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act”, Wet No. 4 van 2000, aan die hand van die Grondwet geformuleer:

“‘equality’ includes the full and equal enjoyment of rights and freedoms as contemplated in the Constitution and includes de jure and de facto equality and also equality in terms of outcomes.”²³

Onbillike diskriminasie word nie deur die “Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act” gedefinieer nie, maar word die gronde van diskriminasie as volg gelys:

“‘prohibited grounds’ are –

- (a) race, gender, sex, pregnancy, marital status, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture, language and birth; or*
- (b) any other ground where discrimination based on that other ground –
 - (i) causes or perpetuates systemic disadvantage;*
 - (ii) undermines human dignity; or*
 - (iii) adversely affects the equal enjoyment of a person’s rights and freedoms in a serious manner that is comparable to discrimination on a ground in paragraph (a).”²⁴**

²² “Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act”, Wet No. 4 van 2000, artikel 1.

²³ “Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act”, Wet No. 4 van 2000, artikel 1.

²⁴ “Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act”, Wet No. 4 van 2000, artikel 1.

Die “Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act” verbied ook in besonder:

- diskriminasie op grond van ras, geslag, gestremdheid,
- haatspraak,
- teistering, en
- die verspreiding of publikasie van inligting wat onbillik diskrimineer.²⁵

In ‘n poging om die bepaling van billikheid inhoudelik te reguleer, word sterk riglyne neergelê deur die “Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act”.

Artikel 14 bepaal naamlik soos volg:

“14(2) In determining whether the respondent has proved that the discrimination is fair, the following must be taken into account:

- (a) The context;*
- (b) The factors referred to in subsection (3);*
- (c) Whether the discrimination reasonably and justifiably differentiates between persons according to objectively determinable criteria, intrinsic to the activity concerned.*

(3) The factors referred to in subsection 2(b) include the following:

- (a) Whether the discrimination impairs or is likely to impair human dignity;*
- (b) The impact or likely impact of the discrimination on the complainant;*
- (c) The position of the complainant in society and whether he or she suffers from patterns of disadvantage or belongs to a group that suffers from such patterns of disadvantage;*
- (d) The nature and extent of the discrimination;*
- (e) Whether the discrimination is systemic in nature;*
- (f) Whether the discrimination has a legitimate purpose;*
- (g) Whether and to what extent the discrimination achieves its purpose;*
- (h) Whether there are less restrictive and less disadvantageous means to achieve the purpose;*

²⁵ “Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act”, Wet No. 4 van 2000, artikel 7-12.

- (i) *Whether and to what extent the respondent has taken such steps as being reasonable in the circumstances to –*
- (i) *address the disadvantage which arises from or is related to one or more of the prohibited grounds; or*
 - (ii) *accommodate diversity.”*²⁶

2.2.2 Die Wet op Arbeidsverhoudinge

Wat betref die vergestaltung van substantiewe gelykheid in die diensverhouding in Suid-Afrika, gee Item 2(1) van skedule 7 van die Wet op Arbeidsverhoudinge (LRA)²⁷ ook uitvoering aan die verbod beliggaam in artikel 9(4) van die RSA Handves van Menseregte, deur residuele onbillike arbeidspraktyke te definieer as “*any unfair act or omission that arises between an employer and an employee*” en deur voorsiening te maak vir die beslegting van geskille rondom ‘n onbillike arbeidspraktyk deur middel van litigasie of arbitrasie.²⁸ Dit gaan ook verder om onbillike handeling of versuim te definieer as insluitend:

- onbillike diskriminasie teen ‘n werknemer op enige arbitrêre grond²⁹,
- onbillike optrede deur ‘n werkgewer rakende bevordering, degradering, opleiding of die voorsiening van voordele aan werknemers³⁰,
- onbillike dissiplinêre aksie teen werknemers en
- nalate om ‘n voormalige werknemer herindiens te neem in terme van ‘n ooreenkoms.

Dit dien vermelding dat die Wet op Gelyke Indiensneming³¹ (Employment Equity Act)³² artikels 2(1)(a), 2(2) en 2(4)(a) van Skedule 7 asook artikels 187 (1)(e) en (f) en 187(2)

²⁶ “Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act”, Wet No. 4 van 2000, artikel 14.

²⁷ Wet 66 van 1995.

²⁸ Sien artikels 2 en 3 van Skedule 7. Sien ook bespreking deur Du Toit et al, 1995: 392-406.

²⁹ Sien ook *Collins v Volkskas bank* 1994 12 BLLR 73 (IC) waar bevind is dat die beëindiging van dienste van ‘n vroulike werknemer op gronde van swangerskap in die afwesigheid van besigheidsnoodsaak in stryd is met die gees van die tussentydse Handves van Menseregte en as sodanig substantief onbillik is. Artikel 2(2) brei die beskerming beliggaam in artikel 2(1) ook uit na werksaansoekers.

³⁰ Sien *Association of Professional Teachers v Minister of Education* 1995 9 BLLR 29 (IC); Sien ook *George v Western Cape Education Department* 1996 2 BLLR 166 (IC), waar soortgelyk besluit is rondom die versuim om ‘n getroude vroulike werknemer gelyke voordele as ander werknemers te bied. In beide sake word sodanige versuim as ‘n onbillike arbeidspraktyk uitgemaak deurdat die waardes soos beliggaam in die tussentydse grondwet nie aan uitvoering gegee is nie.

³¹ Die benaming “Werkseleenthede” mag meer aanvaarbaar as “Indiensneming” wees, omdat die spektrum gedek deur die Wet veel wyer is as bloot indiensneming. Derhalwe moet die term “werkseleenthede” by die lees van hierdie proefskrif as inbegrepe tot “indiensneming” beskou word.

van die LRA herroep het. Aangesien soortgelyke formuleringe as wat in Skedule 7 en artikel 187 van die LRA vervat is, ook in die Employment Equity Act voorkom, is 'n bespreking van hierdie residuele onbillike praktyke steeds van waarde. Enige dispuut wat sorteer onder artikel 187(1)(e) of (f), of artikel 2(1)(a) van Skedule 7 van die LRA, wat ontstaan het onmiddellik voor die implementering van die Employment Equity Act, moes ook hanteer word asof die herroepe bepalinge van die LRA inderdaad nie herroep is nie.

Skedule 7 maak, in lyn met artikel 9(2) van die Handves van Menseregte, voorsiening vir: *"employment policies and practices that are designed to achieve the adequate protection and advancement of persons or groups or categories of persons disadvantaged by unfair discrimination, in order to enable their full and equal enjoyment of all rights and freedoms"*.³³ Hierdie artikel magtig regstellende aksie, met die veronderstelling dat sodanige regstellende aksie binne die statutêre definisie sorteer.

In *George v. Liberty Life Association*³⁴ is in 'n leidinggewende uitspraak beslis dat regstellende aksie, indien dit aan die statutêre kriteria beantwoord, nie as onbillike diskriminasie beskou word nie. Alhoewel die praktyk dus *de facto* onbillik is, kan dit, *de iure* as geregverdigde diskriminasie beskou word.³⁵ Die hof beslis insiggewend dat enige regstellende maatreël as 'n tussentydse reëling geld ten einde aan spesifieke doelwitte te beantwoord, en dat die maatreël(s) opgehef moet word sodra 'n kritieke hoeveelheid besluitnemers in 'n organisasie afkomstig is uit die onderverteenwoordigde kategorieë.³⁶

2.2.3 Die "Employment Equity Act"

Die inhoud, strekking en implikasies van die "Employment Equity Act" (EEA) word vervolgens bespreek.

³² Sien die "Employment Equity Act", Government Gazette (1998), Act No. 55 of 1998

³³ Sien ook artikel 9(2) van die Grondwet van RSA.

³⁴ *George v. Liberty Life Association* 1996 8 BLLR 985 (IC)

³⁵ Vergelyk bespreking deur Bloch F: 1994: 70 – 73, en sien in besonder die prominente beslissing in *Firefighters Local 93 v. City of Cleveland* 106 S.Ct. 3063 (1986) [waar die beslissing in *Steelworkers v. Weber* 443 U.S. 193 (1979) herbevestig is] en die hof uitdruklik bepaal het *"that voluntary action available to employers and unions seeking to eradicate racial discrimination may include reasonable race-conscious relief that benefits individuals who are not actual victims of discrimination."*

³⁶ Sien *George v. Liberty Life Association*, 1996 8 BLLR 985 (IC) op bladsy 1007-1008. Alhoewel hierdie stelling vir verskeie interpretasies en beslis kritiek vatbaar is, is die vernaamste bydrae geleë in die afleiding dat die geldigheid van 'n regstellende aksie program gemeet moet word aan institusionele werksplek-kriteria, en nie noodwendig die sosio-ekonomiese verhouding teenwoordig in die gemeenskap as geheel nie.

2.2.3.1 Die diensbillikheidsverwagting

In Suid-Afrika sentreer die belangrikste politieke debat rondom die aanspreek van historiese ongelykhede, tesame met die handhawing van voortgesette groei en ekonomiese ontwikkeling.³⁷ Ten einde deel te vorm van die demokratiseringsproses van die Arbeidsreg in Suid-Afrika, moet werkgewers pro-aktiewe stappe neem om te verseker dat hulle arbeidspraktyke billik is en binne die parameters van die nuwe Arbeidswetgewing sorteer. Hierdie verpligting blyk ook duidelik uit die bepalings en gees van die "Employment Equity Act" 1998 (EEA).³⁸

Die bepalings van die EEA sal 'n beduidende impak hê op elke faset van die Suid-Afrikaanse werksfeer en dienspraktyke. Duidelike riglyne word egter benodig ten einde areas te identifiseer waar diskriminerende en onaanvaarbare dienspraktyke mag bestaan. In hierdie verband is 'n verpligte statutêre praktyksoudit in Suid-Afrika ingestel, waarvolgens gelykheid en die afwesigheid van onbillike diskriminasie op alle vlakke van die organisasie gekontroleer word.

Die EEA sentreer op die uitwissing van onbillike diskriminasie van enige aard in die praktyke rondom indiensneming, bevordering, opleiding, betaling, voordele en diensbeëindiging, in ooreenstemming met konstitusionele vereistes. Bykomend hiertoe adresseer die EEA die instel van maatreëls om werkgewers aan te moedig om organisatoriese transformasie te onderneem. In hierdie verband word werkgewers gelas om ongeregverdigde struikelblokke tot indiensneming van alle Suid-Afrikaners te verwyder, en om die opleiding en bevordering van individue afkomstig uit historiese benadeelde groeperinge te versnel.³⁹

Die bepalinge van die EEA is van toepassing op alle werkgewers buiten die Nasionale Verdedigingsmag, Suid-Afrikaanse Geheime Diens en die Nasionale Intelligensie Agentskap.⁴⁰ Hierdie uitsluitings is ook verenigbaar met die Arbeidsverhoudinge Wet 1995 en die Wet op Basiese Diensvoorwaardes 1997, wat gemelde persone uitsluit van die betrokke wetsbepalinge, gebaseer op die unieke funksies wat hulle verrig.

³⁷ Levy A, 1999:1-6. Sien in besonder die aanloop tot hierdie politieke debat soos vervat in die Open Democracy Bill, soos voorgestel deur die Departement van Justisie in 1999, asook die Skills Development Bill en Skills Development Levies Bill, soos voorgestel deur die Departement van Arbeid in 1999. Hierdie konsepwette is sedertdien gepromulgeer as die Promotion of Access to Information Act (No 2 of 2000), die Skills Development Act (No 97 of 1998) en die Skills Development Levies Act (No 9 of 1999).

³⁸ Employment Equity Act, 1998:1

³⁹ Levy A, 1998:7. Sien ook soortgelyke bespreking deur Jacobs G & Davidson T, 1999: 1-11, met klem op die werkgewer se verpligting ten aansien van mediese ondersoeke.

⁴⁰ Employment Equity Act, 1998, artikel 4(3).

Hoofstuk III van die EEA, welke gedeelte die ontwikkeling van diensgelykheidsplanne reguleer, is nie van toepassing op werkgewers wat minder as 50 werknemers het nie. Die implikasie is dat, alhoewel elke werkgewer (ingesluit die publieke sektor) verplig word om te verseker dat daar nie diskriminasie in die werksplek is nie, werkgewers van kleiner organisasies nie die administratiewe las hoef te dra rondom oudits, hersienings en die deursending van verslae nie. Die Wet maak egter daarvoor voorsiening dat sekere werkgewers van kleiner organisasies wel verplig kan word om aan Hoofstuk III van die Wet te voldoen, byvoorbeeld indien die Arbeidshof so sou bepaal. 'n Werkgewer kan ook vrywilliglik aan die bepalinge voldoen.⁴¹

Die EEA maak ook voorsiening vir die instelling van 'n "Commission for Employment Equity" (CEE) as 'n adviesliggaam aan die Minister. Hierdie liggaam behoort te voldoen aan die behoefte tot 'n effektiewe moniteringsliggaam met geloofwaardigheid en legitimiteit, ten einde spoedige korrigerende van beroepsdifferensiasies en ander diensdiskriminasie praktyke in Suid-Afrika te verseker. Die analise van internasionale diensgelykheidsmaatreëls in hierdie studie bevestig ook die belangrikheid van sodanige struktuur. Dit word voorsien dat ook die KVMA (Kommissie vir Versoening, Mediasie en Arbitrasie) 'n belangrike rol sal speel in die hantering van anti-diskriminasie en diensgelykheidsaspekte van die EEA. 'n Party tot 'n diensgelykheids-geval kan slegs die Arbeidshof nader indien hy nie tevrede is met die uitkoms van die saak by die KVMA nie.⁴²

Die Employment Equity Act het primêr ten doel om die effek van diskriminasie teen swart persone, vrouens en persone met gestremdhede aan te spreek. Hierdie wet is opgestel met die visie om daardie groepe wat benadeel is as 'n resultaat van historiese diskriminasie te bevorder.⁴³ Hierdie visie word vasgevang deur die woorde van (voormalige) President Mandela:

⁴¹ Employment Equity Act, 1998: Hoofstuk III.

⁴² Sien Jacobs G, 1998: 8. Sien ook soortgelyke versugtinge rondom die transformasie van houe vanaf die *Gender Unit SA Government*, soos gepubliseer deur die Minister van Justisie reeds in 1997:17-18.

⁴³ Die implementering van die Employment Equity Act verseker ook dat Suid-Afrika sy verpligtinge in terme van Konvensie 111 van die Internasionale Arbeidsorganisasie nakom. Konvensie 111 vereis van lidlande om "nasionale beleid te verklaar en na te streef ten einde gelyke geleenthede en behandeling in diens te bevorder. Artikel 5 van die Konvensie sluit egter uit "*special measures which are designed to meet the particular requirements of persons who, for reasons such as sex, age, disability, family responsibilities or social or cultural status, are generally recognised to require special protection or assistance*". Sodanige spesiale maatreëls behoort in ooreenstemming met die verteenwoordigende werkgewers- en werknemersorganisasies vasgestel te word.

*"The primary aims of affirmative action must be to redress the imbalances created by apartheid. We are not...asking for hand-outs for anyone nor are we saying that just as a white skin was a passport to privilege in the past, so a black skin should be the basis of privilege in the future. Nor...is it our aim to do away with qualifications. What we are against is not the upholding of standards as such but the sustaining of barriers to the attainment of standards; the special measures that we envisage to overcome the legacy of past discrimination are not intended to ensure the advancement of unqualified persons, but to see to it that those who have been denied access to qualifications in the past can become qualified now, and that those who have been qualified all along but overlooked because of past discrimination, are at last given their due. The first point to be made is that affirmative action must be rooted in principles of justice and equality." October 1991.*⁴⁴

2.2.3.2 Inhoud en toepassing van diensbillikheidsbepalings in die EEA

Gedurende die laaste paar jaar is ongeregverdigde diskriminasie op grond van ras⁴⁵, geslag⁴⁶ en ouderdom⁴⁷ telkens as onbillik bestempel. Daar is ook sover gegaan as om te beslis dat ongelyke betaling vir werk van gelyke waarde onbillik is.⁴⁸ Die Employment Equity Act inkorporeer nou hierdie beginsels tot 'n omvattende raamwerk wat, terwyl dit sekere algemene vorme van diensdiskriminasie verbied, dit ook gebruik kan word ten einde enige vorm van onbillike diskriminasie te hanteer. In hierdie verband het Hoofstuk II van die Employment Equity Act ten doel om gelykheid in die werksplek te bewerkstellig deur die volgende:

- "(a) promoting equal opportunity and fair treatment in employment through the elimination of unfair discrimination; and*
- (b) implementing affirmative action measures to redress the disadvantages in employment experience by designated groups, in order to ensure their*

⁴⁴ Government Gazette, 1 December 1997, No. 18481, p 5.

⁴⁵ Sien *SA Iron and Steel Workers v Department of Labour* (1987) 8 ILJ 303 (IC) en *Mineworkers Union v East Rand Gold & Uranium Co Ltd* (1990) 11 ILJ 1070 (IC).

⁴⁶ Geslagsdiskriminasie-sake fokus primêr op voordele. Sien *Association of Professional Teachers & Rademan v Minister of Education* [1995] 9 BLLR 29 (IC); *George v Western Cape Education Department* 13/101995 NHK 26/2/0004 (ongerapporteer). Beide bepaal dat die weiering van verskaffing van behuisingsvoordele aan getroude vrouens 'n onbillike arbeidspraktyk uitmaak.

⁴⁷ Sien ook die beslissing rondom diskriminasie op grond van ouderdom in *Transport & General Workers Union v SA Stevedores* (1993) 14 ILJ 1068 (IC) waar die hof bepaal het dat 'n fiksheidstoets, alhoewel nie 'n ouderdomstoets nie, wel relevant is tot die operasionele vereistes van 'n werkgewer. Sien ook *Badenhorst v GC Baars (Pty) Ltd* [1995] 10 BLLR 19 (IC); *Matthysen v De Beers Industrial Diamond Division (Pty) Ltd* [1995] 11 BLLR 61 (IC).

⁴⁸ *SA Chemical Workers Union v Sentrachem* (1988) 9 ILJ 410 (IC)

equitable representation in all occupational categories and levels in the workforce.”⁴⁹

Die bogemelde verpligting om diensgelykheid in die werksplek te bevorder, word in artikel 5 van die Employment Equity Act gekwalifiseer, deur die spesifieke verwysing na die uitwissing van onbillike diskriminasie in enige diensbeleid of praktyk. In hierdie verband is die definisie van “diensbeleid of praktyk” belangrik. Artikel 1 van die Employment Equity Act voorsien die volgende verklaring:

“employment policy or practice’ includes, but is not limited to –

- (a) Recruitment procedures, advertising and selection criteria;*
- (b) appointments and the appointment process;*
- (c) job classification and grading;*
- (d) remuneration, employment benefits and terms and conditions of employment;*
- (e) job assignments;*
- (f) the working environment and facilities;*
- (g) training and development;*
- (h) performance evaluation systems;*
- (i) promotion;*
- (j) transfer;*
- (k) demotion;*
- (l) disciplinary measures other than dismissal; and*
- (m) dismissal.”*

Diskriminasie op een van die diskriminasiegronde soos vervat in artikel 6 van die Employment Equity Act mag dus nie geskied ten aansien van enige diensbeleid of – praktyk nie.⁵⁰

Die Employment Equity Act reguleer die daarstelling van gelykheid in die dienssfeer deur die eliminerings van onbillike diskriminasie, en deur die implementering van regstellende aksie maatreëls ten einde swart persone, vrouens en persone met gestremdhede te bevorder. Die “Employment Equity Bill” het reeds in 1997 uitgestip dat die blote verwydering van diskriminasie nie noodwendig sal lei tot die bevordering en ontwikkeling van groeperinge wat voorheen sodanige geleenthede misgun is nie.⁵¹

⁴⁹ Employment Equity Act, artikel 2.

⁵⁰ Sien ook Weiss, 1990: hoofstuk 1. Sien verder ook Martinez, 1976: 7 en Best F, 1981 vir bespreking van beleidsaspekte in die daarstelling van diensgelykheid in menslike hulpbronspraktike.

⁵¹ Sien Employment Equity Bill, No. 188481, Government Gazette, 1 Desember 1997: 10.

Diensgelykheidsmaatreëls, ingesluit regstellende aksie, is nodig ten einde te verseker dat gelykheid nie 'n formaliteit bly nie, maar op 'n substantiewe manier verseker word.

Onbillike diskriminasie word statutêr aangespreek in artikels 5 en 6 van die Employment Equity Act, welke soos volg bepaal:

- “5. *Elimination of unfair discrimination: Every employer must take steps to promote equal opportunity in the workplace by eliminating unfair discrimination in any employment policy or practice.*”
6. *Prohibition of unfair discrimination: -*
- (1) *No person may unfairly discriminate, directly or indirectly, against an employee, in any employment policy or practice, on one or more grounds, including race, gender, sex, pregnancy, marital status, family responsibility, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, HIV status, conscience, belief, political opinion, culture, language and birth*
- (2) *It is not unfair discrimination –*
- (a) *to take affirmative action measures consistent with the purpose of this Act; or*
- (b) *to distinguish, exclude or prefer any person on the basis of the inherent requirement of a job.*
- (3) *Harassment of an employee is a form of unfair discrimination and is prohibited on any one, or a combination of grounds of unfair discrimination listed in subsection (1).⁵²*

2.2.3.3 Verpligtinge van die werkgever

Die verpligtinge van die werkgever, soos vergestalt in die EEA, is soortgelyk aan bepalinge gevind in ooreenstemmende wetgewing van ander lande (byvoorbeeld Kanada en Australië).⁵³ Daar word naamlik van elke aangewese werkgever in Suid-

⁵² Sien artikel 5 en 6 van die EEO. Sien ook bespreking deur Jacobs G, 1998:1-3, en die liberale perspektief rondom individuele regte soos gedebateer deur Bruce N, redakteur van “Finance Week”, 1998: 69.

⁵³ Sien uiteensetting in die Employment Equity Bill, 1997: 12. Sien ook opsomming van diensgelykheid in die Australiese Publieke Sektor in die 1997-1998 Audit Verslag: 1-12.

Afrika verag om vyf essensiële stappe te neem tot die daarstelling van diensgelykheid in die werksplek⁵⁴:

2.2.3.3.1 Voorbereiding van 'n profiel van die werksmag

Artikel 19 van die EEA bepaal as volg:

- "19(1) A designated employer must collect information and conduct an analysis, as prescribed, of its employment policies, practices, procedures and the working environment to identify employment barriers which adversely affect people from designated groups.*
- (b) An analysis conducted in terms of subsection (a) must include a profile, as prescribed, of the designated employer's workforce within each occupational category and level in order to determine the degree of underrepresentation of people from designated groups in various occupational categories and levels in that employer's workforce."*

Die profiel analise is die hart van die diensgelykheidsoudit, en vorm die basis van die werkgewer se diensgelykheidsplan. Hierdie analise moet ook transformasie van die organisatoriese kultuur antisipeer, en aldus persepsies rondom diensgelykheid dwarsdeur die organisasie beoordeel.⁵⁵

2.2.3.3.2 Hersiening van die diensbeleide en –praktyke

Soos aangedui in artikel 19 van die EEA, moet alle diensbeleide, -praktyke en –prosedures hersien word. Alvorens hierdie inisiatief egter van stapel gestuur kan word,

⁵⁴ Sien Employment Equity Act, 1998: artikel 13:

13. DUTIES OF DESIGNATED EMPLOYERS

- (1) Every designated employer must, in order to achieve employment equity, implement affirmative action measures for people from designated groups.*
- (2) A designated employer must –*
- (a) consult with its employees as required by Section 16;*
- (b) conduct an analysis as required by Section 19;*
- (c) prepare an employment equity plan as required by Section 20; and*
- (d) report to the Director-General on progress made in implementing its employment equity plan, as required by Section 21."*

⁵⁵ Sien Human L, 1996: 182 rondom konformiteit en die insluiting tot die binnekring van 'n maatskappy. Volgens Human behoort 'n maatskappy nie programme rondom kulturele- en geslagsensitiwiteit in te stel alvorens dit nie presies duidelik is hoekom bepaalde groepe persone uitgesluit word nie, aangesien *"such training may actually reinforce stereotypes, and any such intervention should therefore be based on a sound analysis of what the actual problematic issues are within the organisation."* Hierdie probleem presenteer naamlik ook ten aansien van gestremde persone wat uitgesluit word weens hulle gestremdheid, alhoewel dit nie pertinent so aangedui word in die diensoms krywing nie.

moet die werkgewer 'n behoorlike kommunikasie struktuur in plek stel.⁵⁶ Dit is belangrik dat daar 'n goed gevestigde kanaal vir doeleindes van wedersydse kommunikasie bestaan, aangesien inligting horisontaal en vertikaal versamel en beoordeel moet word. Die proses van hersiening se organisatoriese waarde moet nie onderskat word nie, en begrip vir geregverdigde diskriminasie kan reeds deur middel van informele gesprekvoering en deursigtige motiewe op hierdie stadium gevestig word.

Persone wat betrek moet word in die oorlegplegingsproses, sal insluit bestaande werknemers, geregistreerde vakbonde en onverbonde lede. Bestuurswerknemers moet ook betrek word, en elke rolspeler moet ingelig wees van wat van hom of haar verwag word. Dit is belangrik dat die belange van alle werknemers uit alle poskategorieë en vlakke (uit sowel aangewese as nie-aangewese groeperinge) betrek word.

Daar word aan die hand gedoen dat die vertoon van 'n kennisgewing by die werksplek waarin die bepalinge van die EEA uiteengesit word, opgevolg word deur inligtingsessies. Hierdie inligtingsessies kan ten doel hê om:

- Werknemers in te lig van die bepalinge van die EEA;
- Om inligting te verskaf oor die analise of audit;
- Om terugvoering, insette en aanbevelings van werknemers of groeperinge te versoek;
- Om werknemers in te lig van die daarstelling van 'n diensgelykheidskomitee en die verantwoordelikhede van persone verbonde tot sodanige komitee.
- Om 'n gesamentlike visie vir diensgelykheid in die organisasie te ontwikkel.

2.2.3.3.3 Voorbereiding, konsultasie en implementering van 'n diensgelykheidsplan

Na die afhandeling van die audit, behoort die werkgewer die diensgelykheidsplan te formuleer soos gebaseer op die resultate van die profiel analise. Hierdie diensgelykheidsplan moet die organisatoriese doelwitte en geïdentifiseerde struikelblokke uiteensit. Die plan moet voorts ook aandui welke stappe geneem sal word ten einde redelike vordering te toon ten einde die geïdentifiseerde struikelblokke uit die weg te ruim, en die posisie van persone uit aangewese groeperinge te bevorder.

Die diensgelykheidsplan moet positiewe maatreëls inkorporeer ten einde aan te dui hoe leemtes in die bestaande sisteem aangevul sal word. Waar onvoldoende

⁵⁶ Thomas A, 1999: 29. Sien ook soortgelyke bespreking in Human L, 1999: 51.

verteenwoordigers uit aangewese groeperinge uitgewys is in die oudit, moet numeriese doelwitte en tydtafels gespesifiseer word.⁵⁷

Die implementering van die plan moet gemonitor word deur middel van evalueringsmaatreëls soos ingebou tot die plan. Met inagneming van die dispuut oplossingsmeganisme na die KVMA, moet daar ook 'n interne dispuutprosedure ontwerp word om enige dispuut te reguleer rondom interpretasie en implementering van die plan.

Dit word aan die hand gedoen dat die senior bestuurders soos geïdentifiseer in die plan, beskou word as die verantwoordelike persone vir die monitering en implementering van die plan, met dien verstande dat die werkgever die nodige gesag en hulpbronne aan die persone verleen, ten einde hulle funksies behoorlik te kan verrig. Ferm kontrole maatreëls moet verseker dat verantwoordelike persone hulle verantwoordelikhede nakom, en dat pro-aktiewe begrotingstappe geneem word.

'n Aangewese werkgever moet gevolglik sy diensgelykheidsplan opstel en implementeer, in aggenome die prerogatiwe soos erken in die EEA. In ooreenstemming met artikel 20(2) van die EEA, moet die diensgelykheidsplan die volgende aspekte uiteensit:

- “(a) the objectives to be achieved for each year of the plan;*
- (b) the affirmative action measures to be implemented as required by section 15(2);*
- (c) where underrepresentation of people from designated groups has been identified by the analysis, the numerical goals to achieve the equitable representation of suitably qualified people from designated groups within each occupational category and level in the workforce, the timetable within which this is to be achieved, and the strategies intended to achieve those goals;*
- (d) the timetable for each year of the plan for the achievement of goals and objectives other than numerical goals;*
- (e) the duration of the plan, which may not be shorter than one year or longer than five years;*
- (f) the procedures that will be used to monitor and evaluate the implementation of the plan and whether reasonable progress is being made towards implementing employment equity;*

⁵⁷ Sien artikel 20 van die EEA.

- (g) *the internal procedures to resolve any dispute about the interpretation or implementation of the plan;*
- (h) *the persons in the workforce, including senior managers, responsible for monitoring and implementing the plan; and*
- (i) *any other prescribed matter.”⁵⁸*

2.2.3.3.4 Indiening van ‘n opsomming van die diensgelyheidsplan by die Departement van Arbeid

‘n Aangewese werkgewer moet jaarliks ‘n diensgelykheidsverslag indien by die Direkteur-Generaal, voor of op 1 Oktober van die betrokke jaar.⁵⁹ Hierdie verslag moet as ‘n publieke dokument geformuleer word, en onderteken wees deur die Hoof Uitvoerende Beampte van die werkgewer. Hierdie verslag moet voorts ook gepubliseer word in die werkgewer se jaarlikse finansiële verslae.

Vir doeleindes van behoorlike implementering van artikel 20 van die Wet, moet die mees onlangse verslag vertoon word op ‘n prominente plek op die werksterrein, toeganklik vir alle werknemers, terwyl afskrifte van die diensgelykheidsplan beskikbaar moet wees vir alle werknemers vir doeleindes van fotostatering en oorlegpleging.

2.2.3.3.5 Jaarlikse verslaggewing aan die Departement van Arbeid rondom die vordering in die implementering van die plan

Bykomend tot die bogaande verpligting, bepaal artikel 26 van die EEA dat daar ‘n statutêre verpligting op die werkgewer rus om rekords te bewaar rondom die organisasie se werksmag, die gelykheidsplan en enige ander relevante inligting rondom nakoming van die EEA.

Ten einde die Departement van Arbeid in staat te stel om ‘n behoorlike audit te doen, word aan die hand gedoen dat verslaggewing aan die Departement nie alleen aan vermelde voldoeningsaspekte moet voldoen nie, maar ook ‘n gevolgsanalise en uiteensetting van die remedies soos deur die werkgewer aangewend, bevat.

Dit word gevolglik van die werkgewer verwag om besonder noukeurig die inherente vereistes van elke pos sal moet ontleed. Sodanige inherente vereistes sal beskou word as die *bona fide* beroepskwalifikasies in ‘n klag rondom diensdiskriminasie.

⁵⁸ Employment Equity Act, 1998: Artikel 20(2).

⁵⁹ Employment Equity Act, 1998: Artikel 21(2).

2.2.4 Interpretasie van diensbillikheidswetgewing in Suid-Afrika

In 'n analise van die gronde van diskriminasie wat statutêr verbied word, moet inbegrepe kategorieë van hierdie diskriminasievorme ook beoordeel word. Onder geslagsdiskriminasie moet naamlik ook verreken word diskriminasie op grond van swangerskap en huwelikstatus. Alhoewel artikel 9(3) van die Grondwet afsonderlike diskriminasie kategorieë hiervoor bepaal, moet die uitlegbeginsel *iusdem generis* aanwending vind. Geslagsdiskriminasie op grond van biologiese verskille en geslagsdiskriminasie op grond van sosiale strukture en gemeenskapspersepsie moet binne konteks en verbandhoudend tot die grondbeginsels vervat in artikel 1(b) van die RSA Grondwet geïnterpreteer word.

Die feit dat 'n werkgewer wettiglik mag diskrimineer op grond van privaatheid word ook nie omvattend genoeg geformuleer in die bestaande Suid-Afrikaanse wetgewing nie.⁶⁰ Die vereiste van privaatheid moet egter nie gebruik word as 'n dekmantel vir onbillike diskriminasie nie, en word nakoming van die vereiste van besigheidsnoodsaak belangrik ten einde te verhoed dat een geslag of ras eksklusief bevoordeel word. Spesifieke regulering van die omstandighede waaronder diskriminasie op grond van privaatheid mag geskied, is dus nodig in die Suid-Afrikaanse diensbillikheidsbestel.⁶¹

Die konsepte vervat in die lys van onbillike gronde van diskriminasie in die grondwet en die Employment Equity Act is egter nie altyd maklik definieerbaar nie. Die onderskeide tussen "etnisiteit", "ras", "kleur", "kultuur" en "geloof" is moeilik, gegee die generiese aard van die begrippe.⁶² Voorts, alhoewel die lys nie 'n *numerus clausus* uitmaak nie, is dit nie duidelik hoekom begrippe soos "nasionaliteit" en "burgerskap" uitgelaat is nie.⁶³ Betreffende die bewyslas, is die in- of uitsluiting van gronde wel van belang, aangesien 'n klaer nie ten aansien van die gelysde vorme van diskriminasie hoef te bewys dat die diskriminasie arbitrêr is nie, maar slegs dat dit onbillik in die omstandighede is. Dit word

⁶⁰ Vergelyk byvoorbeeld *Fesel v. Masonic Home of Delaware Inc* 447F Supp 1346 (Ddel) (1978) waar beslis is dat manlike verpleërs regmatiglik uitgesluit kon word van 'n kraamhospitaal, ten spyte van die teenwoordigheid van manlike ginekoloë. Sien ook bespreking van verskille in kommunikasie modaliteite deur Tannen, 1990 en Lang K, 1986: 363-82.

⁶¹ Sien *Diaz v. Pan American World Airways Inc*. 442 F2d 1273 (9th Cir) (1981).

⁶² Sien *Mustapha v. Receiver of Revenue Lichtenburg* 1958 3 SA 343 (A). Sien ook *Brown v. Municipality of Port Elizabeth* 1915 CPD 865; *The Municipal Council of Bloemfontein v. Cchampions Ltd* 1922 OPD 201; *The Pinetown Local Administration and HealthBoard v. Scholtz* (1927) 48 NLR 248; *Potchefstroom Municipality v. van der Lingen* 1929 TPD 496; *Delew v. Brakpan Town Council* 1937 TPD 439; *Meyerowitz v. Durban Corp* 1940 NPD 387.

⁶³ Sien Vandamme F, 1994: 133: "While nationality cannot constitute acceptable grounds for discrimination, a requirement relating to citizenship could be accepted under certain circumstances." Sien ook *Nyaakazi v President of Bophutatswana* [1994] 4 BLLR 92 (B) vir die hantering van diskriminerende bepalinge in kollektiewe ooreenkomste met vakbonde.

aan die hand gedoen dat ander vorme as die gelysde gronde ook as willekeurig bewys moet word.

Die terme “onbillik” en “willekeurig” of “arbitrêr” word nie gedefinieer in Suid-Afrikaanse wetgewing nie. Uit hoofde van die bogaande uiteensetting blyk die term “onbillik” te verwys na die effek van die diskriminasie op die werknemer. Die term “willekeurig”, daarteenoor, impliseer ‘n toets of die diskriminasie voldoende verwant is tot die beskermbare belange van die werkgewer.⁶⁴

Dit blyk uit die bewoording van artikel 9(3) van die RSA grondwet dat onbillike diskriminasie in die algemeen verbied word, en dat diskriminasie kategorieë nie beperk word tot die spesifiek vermelde kategorieë soos ras, geslag en gestremdheid nie. Ook die Wet op die Bevordering van Gelykheid en die Voorkoming van Onbillike Diskriminasie reguleer die voorkoming en verbieding van onbillike diskriminasie in die algemeen, deur te onbillike diskriminasie beperk te formuleer soos volg: “*Neither the State nor any person may unfairly discriminate against any person*”.⁶⁵

Uit bogaande uiteensetting van diensgelykheidswetgewing in Suid-Afrika, is dit duidelik dat die reg tot gelykheid in die werksplek wel statutêr gereguleer word, en ook grondwetlik beskerm word. Die statutêre regulering is egter algemeen bewoord, en maak nie voorsiening vir die spesifieke en eiesoortige regulering van die onderskeie vorme van diskriminasie (bv. op grond van ras, geslag of gestremdheid) nie.

2.3. GELYKE VERGOEDING EN DIE ROL VAN KOLLEKTIEWE BEDINGING

Die “Employment Equity Act” verbied diskriminasie in diens en formuleer vergoeding as volg:

“Remuneration’ means any payment in money or in kind, or both in money and in kind, made or owing to any person in return for that person working for any

⁶⁴ Sien Kentridge J, 1995: 1195, waar aangedui word dat die weiering om moeders met klein kindertjies in diens te neem as direkte diskriminasie vertolk word. Sien ook *Dekker v Stichting Vormingscentrum Voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum)* (1992) IR 325 en *Webb v EMO Air Cargo (UK) Ltd* [1993] IRLR 27 waar beslis is dat ontslag op grond van swangerskap direkte diskriminasie uitmaak.

⁶⁵ Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act, 2000 (hierna genoem die “Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act”), artikel 6.

*other person, in return for that person working for any other person, including the State.”*⁶⁶

In Suid-Afrika is daar nie 'n spesifieke wet gepromulgeer rondom gelyke vergoeding nie, maar omvat die *Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act* 'n beskermde benadering gebaseer op anti-diskriminasie bepalings. Artikel 29 van die *Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act* verwys eksplisiet na die beginsel van gelyke betaling van gelyke werk in die lys van onbillike praktyke - “*Failing to respect the principle of equal pay for equal work*”.

Aangesien die Employment Equity Act van Suid-Afrika nie spesifiek voorsiening maak vir eise gebaseer op ongelyke betaling nie, maak dit ook nie voorsiening vir spesifieke verwerpe waar ongelykheid wel teenwoordig is nie. Die gronde vir regverdiging wat opgeroep kan word ten aansien van diskriminasie in die algemeen, behoort egter ook geskik te wees in die konteks van vergoedingsdiskriminasie. Spesifieke gronde vir regverdiging sal ontwikkel moet word deur die Arbeidshof in die lig van besluite in ander jurisdiksies.

Soos aangedui in hoofstuk 2, word 'n sterk vrye mark ekonomie voorgestaan in die Verenigde State van Amerika, en is daar geen indikasie in die bestaande Amerikaanse wetgewing dat die wetgewer ten doel gehad het om die fundamentele beginsels rondom aanvraag en voorsiening te wysig of om werkgewers te verhoed om in die arbeidsmark te kompeteer nie.⁶⁷ Die vraag is egter wat geskik sou wees in die Suid-Afrikaanse konteks. *Du Toit* is die mening toegedaan dat die Amerikaanse benadering nie geskik is vir die Suid-Afrikaanse konteks nie, aangesien die mark die vooroordeel van die samelewing waarin dit funksioneer sal reflekteer, en dat 'n markgebaseerde benadering die diskriminasieverbod sal ondermyn.⁶⁸

Vir doeleindes van toepassing van billikheid rondom vergoeding in die werksplek, moet kennis geneem word daarvan dat artikel 22 van die 1996 RSA Grondwet wesenlik gewysig het vanaf die ooreenstemmende bepaling in die interim RSA Grondwet 1993. Artikel 26 van die interim RSA Grondwet het naamlik voorsiening gemaak vir die reg om vrylik in 'n ekonomiese aktiwiteit te betrokke te raak, terwyl artikel 22 van die 1996 RSA Grondwet hierdie reg beperk tot Suid-Afrikaanse burgers en sodanige persone se reg

⁶⁶ Employment Equity Act, definisies. Sien ook bespreking van die “Ontario Pay Equity Act”, wat sterk ooreenstemming toon met die Employment Equity Act in Suid-Afrika, in Mc Dermott MP, 1991: 122-137.

⁶⁷ Sien *AFSCME v State of Washington* 770 F2D 1401 (US Court of Appeal for Ninth Circuit, 1985) 1407.

⁶⁸ *Du Toit et al*, 1996: 401

om hulle handel, okkupasie en professie vrylik te kies. Waar die reg op vrye ekonomiese verkeer opgeweeg moet word teen die reg op billike vergoeding, sal dit duidelik wees dat die reg op billike arbeidspraktyke fundamenteel beskerm word en swaarder gewoog sal word as die reg op vrye ekonomiese verkeer.

Die statutêre verbod van onbillike arbeidspraktyke kan, gegee fundamentele beskerming in die Grondwet, werksekeriteit in die werksplek bevorder, maar dit spreek nie die rol van kollektiewe bedinging aan nie.

Kollektiewe bedinging word tradisioneel beskou as 'n vrywillige proses om institusionele konflik by te lê, waarby die reg (en die howe) so min as moontlik betrokke raak. Die vrywillige aard van hierdie proses bestaan egter nie onbeperk nie, en sal inmenging deur die reg geskied afhangende die graad en omstandighede van die betrokke arbeidsverhoudinge sisteem.⁶⁹ Gegee die wyd gedefinieerde aard van die onbillike arbeidspraktyk, en in besonder diensdiskriminasie in die werksplek, in Suid-Afrika sal inmenging deur die howe beslis geskied waar die betrokke omstandighede dit noodsaak. Vergelyk Thomson se siening in hierdie verband:

*"Legal intervention in the field of industrial relations is appropriate to remedy two species of mischief. Firstly, granted that collective bargaining constitutes the legislative cornerstone or the promotion of labour peace, conduct which is subversive of that process should invite judicial reproach. The unfair labour practice definition, wide as it is, makes specific reference to practice which may create labour unrest. Notwithstanding court dicta to the contrary, it is argued below that the status quo remedy is also integral to a defence of collective bargaining. Given the clear indications of legislative intent, it must really be axiomatic that the original sin is obduracy on the issue of negotiating...The second mischief requiring redress relates to activities that undermine the employment justice that employees may demand in their individual capacities. These are activities which in the words of the statute, jeopardize the employment opportunities, work security or physical, economic, moral or social welfare of employees...The argument presented here is that our law can and should impose an obligation to negotiate, but that a failure to distinguish process from product has produced a lipin jurisprudence."*⁷⁰

⁶⁹ Sien *TWIU v Maroc Carpet & Textile Mills (Pty) Ltd* (1989) 10 ILJ 526 (IC); *FAWU v Spekenham* Supreme (2) (1988) 9 ILJ 628 (IC); *UAMAWU v S Thomson (Pty) Ltd t/a Thomson Sheet Metal Workers* (1988) 9 ILJ 266 (IC); *BAWU & others v Edward Hotel* (1989) 10 ILJ 357 (IC); *Nasionale Suiwelkoöperasie Bpek v FAWU* (1988) 10 ILJ 712 (IC); *BAWU (SA) v PEK Manufacturing Co (Pty) Ltd* (1990) 11 ILJ 1095 (IC).

⁷⁰ Thompson JM, 1997: 5(3)

Dit volg uit bogaande dat oorweging geskenk moet word aan die moontlikheid om diskriminerende dienspraktyke (wat kan insluit regstellende aksie maatreëls en inherente werksvereistes) deur middel van van kollektiewe bedinging te regverdig. Wetgewing maak egter nie tans vir hierdie moontlikheid voorsiening nie. Alhoewel onderhandeling nie verbied of verhoed word nie, vereis die *Employment Equity Act* bloot dat die Gelykheidsplan van die instelling met werknemers gekonsulteer moet word. Soortgelyk vereis die Wet op Arbeidsverhoudinge (Wet No. 66 van 1995)⁷¹ konsultasie rondom regstellende aksie maatreëls slegs in gevalle waar daar 'n Werksplekforum in plek is, in welke geval konsultasie hieroor met die Werksplekforum moet geskied. Die werkgewer neem volle aanspreeklikheid van die legitimiteit al dan nie van enige arbeidspraktyk, ongeag die diskriminerende aard daarvan. Waar die betrokke onbillike en diskriminerende arbeidspraktyk van toepassing is op lone en diensvoorwaardes, volg dit egter logieserwys dat kollektiewe bedinging noodsaaklik is, en dat die kollektiewe ooreenkoms daarvoor gesaghebbend die aangeleentheid sal reguleer.⁷²

Waar kollektiewe onderhandeling of konsultasie soos hierbo na verwys, nie voldoen aan die algemene beginsels rondom billikheid nie, sal die howe ingryp ten einde 'n behoorlike sanksie te bepaal en die onbillike arbeidspraktyk te verbied of te wettig. De Witt verklaar in hierdie verband soos volg:

*"By bargaining collectively with management, organized labour seeks to give effect to its legitimate expectations that wages and other conditions of work should be such as to guarantee a stable and adequate form of existence and as to be compatible with the physical integrity and moral dignity of the individual, and also that jobs should be reasonably secure."*⁷³

Buiten die kollektiewe onderhandelinge wat deur die werkgewer in die werksplek gevoer kan word, funksioneer die nasionale liggaam NEDLAC (National Economic Development and Labour Council) as vennoot in die formulering van arbeids- en ekonomiese beleid. Artikel 77 van die Arbeidsverhoudinge Wet vereis van geregistreerde vakbonde om NEDLAC eers kennis te gee alvorens 'n sosio-ekonomiese protes aksie gehou word.

As instrument wat 'n bydrae lewer tot deurlopende, dinamiese verandering, is NEDLAC statutêr gemagtig om gesaghebbende insette te lewer rondom diensbillikheid en gelyke betaling wetgewing. Kritiek op die werkinge van NEDLAC is egter daarin geleë dat

⁷¹ Hierna genoem die "Wet op Arbeidsverhoudinge".

⁷² Vergelyk Amalgamated Engineering Union v Minister of Labour 1949 (4) SA 908 (A) 912.

⁷³ De Witt CC, 1993: 297

NEDLAC beweer word nie in staat is om as 'n effektiewe konsulerende forum te funksioneer ter bereiking van strategiese nasionale doelwitte nie. *Faith McDonald* dui soos volg aan:

"If NEDLAC – as a tripartite body charged with tasks of dealing with a wide range of socio-economic affairs that are crucial to the growth and development of society as a whole – is unable to reach consensus without resorting to some form of posturing by any parties represented, then its entire future as a viable institution is called into question".⁷⁴

Waar ooreenstemming bereik word in NEDLAC kan daar versekering wees van goeie ondersteuning vir 'n bepaalde wetgewing of beleidstuk. Na uitreiking van 'n verklaring rondom 'n bepaalde saak verwys na NEDLAC, kan vakbonde mobiliseer, werkgewers die media manipuleer en die regering besluit om die wetgewing ongeag steun na die Parlement te verwys. Konsensus is dus nie noodsaaklik nie, en aangesien konsensus nie bereik *hoef* te word nie, word ernstige beperkinge in die onderhandelingsprosesse van NEDLAC opgemerk. Lede van NEDLAC het self nie eens konsensus rondom die rol van NEDLAC in die beleidsmakende prosesse nie:

"On the one hand, NEDLAC officials identify NEDLAC as a bargaining council, while the Minister of Labour and the Department of Labour's Director General...emphasize the consultative role of NEDLAC. In consequence, they identify different causes of the problems arising within NEDLAC and propose different steps to make it more efficient."⁷⁵

Gegee egter die positiewe platform waar sosiale transformasie bespreek kan word, kan die werkinge van NEDLAC steeds geregverdig word. Of NEDLAC sinvol 'n bydrae sal kan lewer in dispute rondom diensbillikheid of ongelyke betaling eise, word egter betwyfel. Die langsame proses van kollektiewe bedinging behoort nie gebruik te word waar dringende korrigerende van ongelykhede ter sprake is nie. Wetgewing rondom gelyke betaling sal noodwendig deur die regering na NEDLAC verwys word vir beoordeling, maar word dit aan die hand gedoen dat NEDLAC nie beskou moet word as die gesaghebbende liggaam wat oor die kundigheid en kapasiteit beskik om oor

⁷⁴ McDonald F, 1995: 15. Dit het NEDLAC langer as 'n jaar geneem om tegniese wysigings tot die *Compensation for Occupational Injuries and Diseases Amendment* en die *Basic Conditions of Employment Bills* te proses.

⁷⁵ Naidoo J, 1997: 4. Vergelyk ook Sing A, 1997: 32

regstegniese aangeleenthede soos "disparate impact", "reasonable accommodation" en ander diensbillikheidsbegrippe finaal te oordeel nie.⁷⁶

2.4. GEREGERVERDIGDE DIENSDISKRIMINASIE

Die beperking van menseregte word geregleer deur artikel 36(1) van die RSA Grondwet. Artikel 36(1) magtig die beperking van fundamentele menseregte deur wetgewing, in soverre die beperking redelik en regverdigbaar is in 'n oop en demokratiese gemeenskap gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid.⁷⁷

Artikel 36(1) bepaal verder dat 'n fundamentele reg slegs beperk kan word nadat die volgende aspekte in ag geneem is:

- (i) *die aard van die reg;*
- (ii) *die belangrikheid van die doel van die beperking;*
- (iii) *die aard en omvang van die beperking;*
- (iv) *die verhoudinge tussen die beperking en die doel daarvan;*
- (v) *minder beperkende moontlikhede om die doel te bereik.*⁷⁸

Ten einde die beperking van 'n fundamentele reg te legitimeer, kan wetgewing tot dien effek gepromulgeer word, welke wetgewing 'n legitieme beperking op die betrokke mensereg sal daarstel.

Die reg op gelykheid (soos vergestalt in artikel 9 van die Grondwet) word beskou as 'n fundamentele mensereg. Hierdie reg kan, in die konteks van artikel 36 van die Grondwet, slegs beperk word indien spesifieke wetgewing geformuleer is waarin die beperkinge van hierdie fundamentele reg vervat is. Die inhoudelike van die spesifieke wetgewing moet beoordeel word aan die hand van die beoordelingsfaktore vervat in artikel 36(1) van die Grondwet.

⁷⁶ Vergelyk ook die gespreksdokument rondom "A framework for social partnership and agreement making in NEDLAC", 1995, waar gepoog is om gemeenskaplike doelwitte gekoppel aan nasionale prioriteite binne 'n voorgestelde vennootskap van alle partye aan te spreek.

⁷⁷ Vergelyk die ooreenstemmende bepaling in die tussentydse RSA Grondwet 1993, artikel 33(1). Die term "human dignity" het nie gefigureer in artikel 33(1) nie, en is die afleiding dat die byvoeging daarvan tot die 1996 Grondwet inderdaad 'n strengere toets daarstel.

⁷⁸ Dit is opvallend dat die vereiste van proporsionaliteit, wat inbegrepe was tot artikel 33(1) van die interim RSA Grondwet, nou in besonderhede uitgestip is. Die bewoording is ook streng vergelykbaar met die beslissing van die Grondwethof in *S v. Makwanyane* 1995 6 BCLR 665 (CC); 1995 3 SA 391 (CC). Die addisionele vereiste van "noodsaaklikheid" ten aansien van die beperking van sekere basiese regte, soos beliggaam was in artikel 33(1)(b) van die interim RSA Grondwet, figureer ook nie meer in die 1995 RSA Grondwet nie.

In die huidige Suid-Afrikaanse arbeidsreg reguleer die “LRA”, die “Employment Equity Act” en die “Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act” enkele statutêre beperkinge op die fundamentele reg van gelykheid in diens. Die volgende twee verwerre is relevant:

- Diskriminasie word toegelaat teenoor voornemende werknemers waar die inherente vereistes van die betrokke werk die aanstelling van ‘n persoon van ‘n bepaalde ras of geslag noodsaak, of
- Waar diskriminasie plaasvind in terme van ‘n regstellende aksie program.⁷⁹

Die Suid-Afrikaanse wetgewing definieer nie direkte en indirekte diskriminasie onderskeidelik nie, en brei ook nie uit rondom die vereistes waaraan voldoen moet word ten einde gemelde twee verwerre te legitimeer nie. *Business South Africa* het in hierdie verband soos volg kritiek gelewer op die “Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Bill”:

“BSA submits that the Bill should not define discrimination so as to include the failure to implement affirmative action measures, and the Bill should not attempt to address substantive inequalities by equating unfair discrimination with a failure to implement substantive equality.....Failure to differentiate between these concepts [that is discrimination, inequality and affirmative action] has been built into the construction of the Bill, and will require substantial review to correct. However, the most obvious example is that the definition of unfair discrimination includes the failure to ‘reasonably accommodate’ disadvantaged persons and the failure to ‘remove barriers’, both of which are affirmative action concepts.”⁸⁰

Alhoewel BSA nie heeltemal korrek is in hulle beoordeling van die definisie van onbillike diskriminasie nie (verskaffing van redelike akkommodasie en die verwydering van sistemiese struikelblokke word juis as deel van billike dienspraktyke beskou, en nie geïsoleerd beskou as regstellende aksie maatreëls nie), is dit duidelik uit hulle opmerking dat die wetgewing moet sterk leiding gee waar nuwe konsepte soos diensbillikheid en onbillike diskriminasie tot die wetgewende bestel gevoeg word. Verwarring, voortspruitend uit onkunde en die gebrek aan ‘n historiese presedent in die land, kan andersins hoogty vier.

⁷⁹ Sien artikel 2(2)(b) en 2(2)(c) van Skedule 7 van die “LRA”; artikel 4 en 5 van die “Employment Equity Act”; en artikel 1 van die “Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act”.

⁸⁰ *Business South Africa*, 1999: 4-5

Uit die bogaande verwysing na die twee diensdiskriminasie verwerre in Suid-Afrika, is dit verder duidelik dat die verbod van diensdiskriminasie verder strek as die onmiddellike diensverhouding tussen werkgever en werknemer. Werkgevers word naamlik ook verbied om teen toekomstige werknemers en ander applikante te diskrimineer.⁸¹ 'n Werkgever mag tot dien effek nie in die advertering van 'n pos, gedurende die onderhoud met 'n applikant of met die aanstelling van nuwe werknemers diskrimineer op een of meer van die arbitrêre gronde soos gelys in die betrokke wetgewing nie. Diskriminasie op een of meer van die gronde wat uitdruklik statutêr verbied word is ook outomaties onbillik, en word die bewyslas op die verweerder geplaas om die teendeel te bewys.⁸²

Diskriminasie as sulks word dus nie verbied nie, maar wel onbillike diskriminasie. In effek kan geredeneer word dat die Suid-Afrikaanse reg billikheid erken as 'n derde verweer tot diskriminasie. Reeds in die ooreenstemmende bewoording van artikel 8 van die Tussentydse RSA Grondwet, kon die afleiding gemaak word dat diskriminasie ook in 'n positiewe sin kan geskied, en as sodanig regverdigbaar is. In hierdie verband het die hof in *Collins v. Volkskas Bank (Westonaria Branch)*⁸³ bepaal dat die beperking van kraamverlof tot twee jaar regverdigbaar is, gegee die feit dat die meeste van die werknemers vrouens was en dat die neem van 'n groter frekwensie van kraamverlof sou lei tot ernstige ontwrigting van die werkgever se besigheid.⁸⁴

Die hof het in *Harksen v Lane NO and Others*⁸⁵ riglyne verskaf rondom wat onbillike diskriminasie sou daarstel. Volgens hierdie beslissing is die bepalende faktor in die beoordeling van onbillikheid in diskriminasie geleë in die impak van die diskriminasie op die klaer. Die hof beslis in hierdie verband dat die volgende faktore in aanmerking geneem moet word ten einde te bepaal of die diskriminasie billik is al dan nie:

- a. *"The position of the complainants in the society and whether they have suffered in the past from patterns of disadvantage, whether the discrimination in the case under consideration is on a specified ground or not;*
- b. *The nature of the provision or power and the purpose sought to be achieved by it. If its purpose is manifestly not directed, in the first instance, at impairing*

⁸¹ Sien bespreking deur Van Niekerk A, 1995: 105.

⁸² Sien ook *Hugo v. State President of the RSA* 1996 6 BCLR 876 (D) 884 rakende die betekenis van die term "onbillike diskriminasie" en toepassing van die bewyslas-beginsel hierbo vermeld.

⁸³ (1994) 5 (9) SALLR 34 (IC). Alhoewel die beleid dus geslagsdiskriminasie en skending van artikel 8 van die Tussentydse Grondwet daargestel het, was sodanige diskriminasie nie beskou as onbillik nie.

⁸⁴ Sien ook N Lacey, 1987: 411 vir 'n bespreking van defensiewe beskouings rondom diensgelykheid.

⁸⁵ *Harksen v Lane NO and Others* 1997 (11) BCLR 1489 (CC)

the complainants in the manner indicated above, but is aimed at achieving a worthy and important societal goal, such as, for example, the furthering of equality for all, this purpose may, depending on the facts of the particular case, have a significant bearing on the question whether complainants have in fact suffered the impairment in question;

- c. *With due regard to (a) and (b) above, and any other relevant factors, the extent to which the discrimination has effected the rights or interests of complainants and whether it has led to an impairment of their fundamental human dignity or constitutes an impairment of a comparably serious nature.*⁸⁶

In *Harksen* is ook duidelik beslis dat die billikeheidsbepaling soos vervat in artikel 9 van die grondwet ter sprake kom waar 'n bepaling in stryd sou wees met 'n legitieme regeringsdoel (in hierdie saak was die legitieme regeringsdoel gedefinieer as "prevention of collusion between spouses").⁸⁷ Die grondwetlike beoordeling van onbillike diskriminasie is sinvol verwoord soos volg:

- "1. *A provision which differentiates between categories of people breaches the right to equality before the law.*
2. *This requires a two stage analysis:*
- (i) *It must first be established that the differentiation amounts to "discrimination". If it is on a ground listed in the section (eg race, gender, sex) then discrimination will have been established. If it is not on a listed ground, then whether or not there is discrimination will depend upon whether the differentiation is based on attributes and characteristics which have the potential to impair the fundamental human dignity of persons.*
 - (ii) *It must secondly be established that the discrimination is "unfair". If the discrimination is on a listed ground, then it will be presumed to be unfair. If the discrimination is on an unlisted ground, the complainant will have to prove unfairness. The test of unfairness focuses primarily on the impact of the discrimination on the complainant and others in his or her situation.*

⁸⁶ *Harksen v Lane NO and Others* 1997 (11) BCLR 1489 (CC): para 34 – 35.

⁸⁷ *Harksen v Lane NO and Others* 1997 (11) BCLR 1489 (CC): para 26

3. *If the discrimination is unfair then the provision will be unconstitutional if it cannot be justified under the limitations clause.*⁸⁸

Vermelde faktore is beoordeel deur die Grondwet Hof in *President of the Republic of South Africa and Another v Hugo*.⁸⁹ Die *Presidential Act 17 (1994)* het die vermindering van vonnis toegestaan aan moeders met kinders onder die ouderdom van 12 jaar wat gevangenisstraf uitgedien het op die datum van 11 Mei 1994. Die respondent, wat 'n gevangene was op die betrokke datum en ook 'n vader was van 'n kind van 12 jaar, het aangevoer dat die wet onregverdiglik gediskrimineer het teen hom op grond van geslag.

Die wet het duidelik gediskrimineer teen die respondent. Die vraag was of die diskriminasie onbillik was. Die meerderheid van die hof het beslis dat, in die Suid-Afrikaanse gemeenskap, die moeder primêr verantwoordelik is vir die opvoeding en versorging van kinders:

*"The result of being responsible for children makes it more difficult for women to compete in the labour market and is one of the causes of the deep inequalities experienced by women in employment."*⁹⁰

Op die basis van hierdie veralgemening, het die President die geleentheid aan moeders gegee wat hy nie aan vaders verskaf het in die onderhawige wet nie. Die hof het die volgende faktore oorweeg:

1. *"The fact that the individuals discriminated against...do not belong to a class which had historically been disadvantaged does not necessarily make the discrimination fair"*⁹¹;
2. *"At the heart of the prohibition against unfair discrimination lies the imperative to establish a society in which all human beings will be accorded equal dignity and respect regardless of their membership of particular groups..."*⁹²;
3. *"To determine whether the impact is unfair it is necessary to look not only at the group who has been disadvantaged but at the nature of the power in terms of which the discrimination is affected, and also at the nature of the interests which have been affected by the discrimination."*⁹³

⁸⁸ Harksen v Lane NO and Others 1997 (11) BCLR 1489 (CC): para 36.

⁸⁹ President of the Republic of South Africa v Hugo 1997 (6) BCLR 708 (CC)

⁹⁰ President of the Republic of South Africa v Hugo 1997 (6) BCLR 708 (CC): para 33

⁹¹ President of the Republic of South Africa v Hugo 1997 (6) BCLR 708 (CC): para 34

⁹² President of the Republic of South Africa v Hugo 1997 (6) BCLR 708 (CC): para 34

⁹³ President of the Republic of South Africa v Hugo 1997 (6) BCLR 708 (CC): para 36

Die meerderheid van die hof het beslis dat die diskriminasie nie onbillik was nie:

"The effect of the act was to do no more than deprive them of an early release to which they had no legal entitlement. A decision to release all male prisoners with minor children would have been met with a public outcry. Thus it could not be argued that the decision not to afford male prisoners the same opportunity impaired their sense of dignity or sense of equal worth".

Een van die probleme met die beslissing in *President of the Republic of South Africa and Another v Hugo* is dat die ondersoek, ten einde te bepaal of die diskriminasie onbillik is, die oorweging en balansering van *verskillende* regte en belange betrek. Die stereotipering van vrouens as die verantwoordelike persoon vir die opvoeding en versorging van kinders, is primêr verantwoordelik vir die inhibering van vooruitgang van vrouens in die gemeenskap. Deurdat wetgewing ingevoer word om slegs moeders met kinders onder 12 jaar vry te laat, word hierdie stereotipering (wat een van die vernaamste oorsake is van ongelykheid van vroue in die gemeenskap) voortgesit. Die voordeel vir enkele individue uit die groepering word gevolglik oorskadu deur die ernstige benadeling van die gemeenskap as 'n geheel.⁹⁴

Die beslissing van *Hugo* is egter waardevol deurdat die konsep van "billikheid", soos vervat in die interim grondwet (welke ook van toepassing is op die huidige grondwet) as volg bewoord is:

*"The prohibition of unfair discrimination in the interim Constitution seeks not only to avoid discrimination against people who are members of disadvantaged groups. It seeks more than that. At the heart of the prohibition of unfair discrimination lies a recognition that the purpose of our new constitutional and democratic order is the establishment of a society in which all human beings will be accorded equal dignity and respect regardless of their membership of particular groups. The achievement of such a society in the context of our deeply inegalitarian past will not be easy, but that goal of the Constitution should not be forgotten or overlooked..."*⁹⁵

In *Leonard Dingler Employee Representative Council & Others v Leonard Dingler (Pty) Ltd & Others*⁹⁶ het die hof die regverdiging van diskriminasie, soos gereguleer deur

⁹⁴ Vergelyk die minderheidsuitspraak van Kriegler J

⁹⁵ *President of the Republic of South Africa v Hugo* 1997 (6) BCLR 708 (CC): 34

⁹⁶ *Leonard Dingler Employee Representative Council & Others v Leonard Dingler (Pty) Ltd & Others* [1997] 11 BLLR 1438 (LC)

artikel 2 van Skedule 7 van die Arbeidsverhoudinge Wet (Wet 66 van 1995), beoordeel. Die uiteensetting van die twee statutêre verwerpe in hierdie beslissing, is relevant vir hierdie proefskrif:

*"The Act provides two complete defences to unfair discrimination on any of the prohibited grounds. By virtue of item 2(2)(b), if the inherent requirements of a job justify an act of discrimination, this is a complete defence to an unfair discrimination claim in terms of item 2(1)(a). Affirmative action measures that satisfy the requirements of item 2(2)(c) also provide a complete defence to unfair discrimination."*⁹⁷

Gemelde twee verwerpe is egter nie geopper in die onderhawige saak nie. Die derde verweer ten opsigte van diskriminasie, naamlik die grondwetlike verpligting tot billikheid, is vervolgens deur die hof beoordeel. In hierdie verband is die riglyn wat die hof in hierdie beoordeling neergelê het, sinvol en toepaslik:

*"Discrimination is unfair if it is reprehensible in terms of the society's prevailing norms. Whether or not society will tolerate the discrimination depends on what the object is of the discrimination and the means used to achieve it. The object must be legitimate and the means proportional and rational."*⁹⁸

Dit moet egter in gedagte gehou word dat die konsep van "billikheid" vloeibaar en sonder presiese inhoud is. In hierdie verband is die uitspraak in *Woolworths (Pty) Ltd v Whitehead*⁹⁹ relevant:

*"Fairness is an elastic and organic concept. It is impossible to define with exact precision. It has to take account of the norms and values of our society as well as its realities. Fairness, particularly in the context of the LRA, requires an evaluation that is multidimensional. One must look at it not only from the perspective of prospective employees but also employers and the interests of society as a whole. Policy considerations play a role. There may be features in the nature of the issue which call for restraint by a court in coming to a conclusion that a particular act of discrimination is unfair."*¹⁰⁰

⁹⁷ Leonard Dingler Employee Representative Council & Others v Leonard Dingler (Pty) Ltd & Others [1997] 11 BLLR 1438 (LC): 1148

⁹⁸ Leonard Dingler Employee Representative Council & Others v Leonard Dingler (Pty) Ltd & Others [1997] 11 BLLR 1438 (LC): 1148

⁹⁹ Woolworths (Pty) Ltd v Whitehead (2000) 21 ILJ 571

¹⁰⁰ Woolworths (Pty) Ltd v Whitehead (2000) 21 ILJ 571: 600

In die geval van 'n staatsliggaam, moet die beoordeling van billikheid egter konsekwent gekoppel word aan 'n regeringsdoel, soos uiteengesit in paragraaf 2.1 hierbo. Hierdie kontekstualisering van billikheid is goed bewoord in *Hoffman v SA Airways*:

*"The approach to a challenge to government's conduct alleged to infringe the right to equality involves three enquiries. First, whether the provision under attack makes a differentiation that bears a rational connection to a legitimate government purpose. If it bears no such connection there is a violation of s 9(1). If it bears a rational connection the enquiry is whether the differentiation amounts to unfair discrimination. If the differentiation does not amount to discrimination there is no violation of s 9(3). If the discrimination is found to be unfair, this will trigger the third enquiry, namely, whether it can be justified under the limitation provisions."*¹⁰¹

Uit bogaande uiteensetting is dit duidelik dat, binne die Suid-Afrikaanse billikheidsleerstuk, diskriminasie in die werksplek toelaatbaar is indien dit geregverdig kan word op die gronde van billikheid, regstellende aksie of inherente vereistes van die werk. In hierdie hoofstuk word die konteks waarbinne billikheid, soos geregleer deur die Grondwet, beoordeel moet word, uiteengesit. Betreffende die verweer van inherente vereistes, behoort die rol van besigheidsnoodsaak en "Bona Fide Occupational Qualifications" verreken te word. Hoofstuk 4 spreek hierdie aspekte aan binne die praktiese implementeringsraamwerk vir diensbillikheid in die werksplek.

2.4.1 Inherente vereistes van die werk

Soos hierbo aangedui, is uitsluitings of onderskeidinge toelaatbaar waar dit gebaseer is op die inherente vereistes van die werk.¹⁰²

In terme van die LRA¹⁰³ en die ooreenstemmende artikels in die Employment Equity Act¹⁰⁴ en die "Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act"¹⁰⁵,

¹⁰¹ Hoffmann v SA Airways (2000) 21 ILJ 2357 (CC): 2361

¹⁰² Sien Employment Equity Act, hoofstuk II, en bespreking later.

¹⁰³ Die relevante statutêre bepalinge is artikel 2 van Skedule 7 (hierbo na verwys), welke soos volg bepaal:

"2. Residual unfair labour practices

(1) For the purpose of this item, an unfair labour practice means any unfair act or omission that arises between an employer and an employee, involving -

(a) the unfair discrimination, either directly or indirectly, against an employee on any arbitrary ground, including, but not limited to race, gender, sex, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, political opinion, culture, language, marital status or family responsibility;

maak die inherente vereistes van 'n werk 'n belangrike verweer uit teen beweerde diskriminerende behandeling. Waar diensdiskriminasie dus beweer word, moet gekontroleer word of daar voldoen is aan die betrokke beroepskwalifikasie.¹⁰⁶

Indien die inherente vereistes van 'n bepaalde werk die aanstelling van 'n persoon van 'n bepaalde ras of geslag noodsaak, word 'n werkgewer toegelaat om te diskrimineer teenoor 'n werknemer op die basis van ras, geslag of ander gelysde kriteria. Die Amerikaanse vereiste, naamlik dat 'n werkgewer alleenlik sal slaag met hierdie verweer indien hy kan bewys dat die werk slegs geskik is vir 'n persoon van 'n bepaalde ras of geslag "*when the essence of the business operation would be undermined by not hiring members of one sex exclusively*", maak nie deel uit van die statutêre regulering van hierdie verweer in Suid-Afrika nie. Interpretasie-probleme deur hoewe kan dus voorsien word. Dit is juis in hierdie verband wat daar aan die hand gedoen word dat daar vanuit 'n utilitaristiese vertrekpunt na die Amerikaanse vertolking gekyk moet word sodat die reg meer effektief en doelmatig lei.¹⁰⁷

Die Suid-Afrikaanse hoewe moet nog duidelike riglyne verskaf ten einde uitsluitel te gee oor die vraag wanneer diskriminasie gesien sal word as synde gebaseer op die inherente vereistes van die betrokke werk. Daar word egter voorgestel dat die ooreenstemmende Amerikaanse verweer van "Bona fide occupational qualifications" en

-
- (b) *the unfair conduct of the employer relating to the promotion, demotion or training of an employee or relating to the provision of benefits to an employee;*
 - (c) *the unfair suspension of an employee or any other disciplinary action short of dismissal in respect of an employee;*
 - (d) *the failure or refusal of an employer to reinstate or re-employ a former employee in terms of any agreement.*
 - (2) *For the purpose sub-item (1)(a) -*
 - (a) *"employee" includes an applicant for employment;*
 - (b) *an employer is not prevented from adopting or implementing employment policies and practices that are designed to achieve the adequate protection and advancement of persons or groups or categories of persons disadvantaged by unfair discrimination, in order to enable their full and equal enjoyment of all rights and freedoms; and*
 - (c) *any discrimination based on an inherent requirement of the particular job does not constitute unfair discrimination."*

¹⁰⁴ Sien artikels 6(2)(b) van die Employment Equity Act.

¹⁰⁵ Sien artikel 14 van die "Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act", waar die faktore om die billikheid van 'n handeling te beoordeel, uiteengesit word.

¹⁰⁶ Deel B van Skedule 7 van die LRA het gelyke geleenthede in diens hangende die inwerktrading van die "Employment Equity Bill" geregleer. As 'n tussentydse maatreef is residuele onbillike arbeidspraktyke hanteer onder (1) onbillike diskriminasie, en (2) ander vorme van onbillike gedrag. Die Employment Equity Act reguleer beroepskwalifikasies onder artikel 5(2)(b) van die Employment Equity Act.

¹⁰⁷ Sien Diaz van Pan American World Airways Inc 442 2F2d 1273 (9 Th Circ) 1981. 'n Werkgewer sal waarskynlik suksesvol wees indien hy die besluit moet verdedig om slegs vroulike persone aan te stel in die posisie van 'n skoonmaker in 'n publieke vroulike toilet. Sien ook in hierdie verband Association of Professional Teachers v Minister of Education 1995 16 ILJ 1048 (IC) 1085G: "*In the employment relationship, discrimination or differentiation on the basis of what an employee is, instead of what he or she does, should not be condoned.*"

die ooreenstemmende Britse verweer van “genuine occupational qualifications” in hierdie verband rigtingaanwysend moet wees.¹⁰⁸

Die vraag of die “inherente vereiste”, indien dit sou bestaan, verband hou met “besigheidsnoodsaak” word nie tans deur die Suid-Afrikaanse wetgewer aangeraak nie. Die verskillende toetse ter bepaling van die geldigheid van die “inherente vereiste”-regverdiging, soos aangetref in Amerika en die Verenigde Koninkryk, vind nie vergestaltung in die Suid-Afrikaanse dienbillikheidsbestel nie. Hierdie toetse sluit in betroubaarheid, die behoeftes rondom privaatheid en behoorlikheid, die aard van die werksplek, en die aard van die werksaspek betrokke in die handeling.¹⁰⁹

Soos aangedui in Hoofstuk 1 van hierdie studie, kan die hof egter in sy interpretasie van die Suid-Afrikaanse Handves van Menseregte oorsese reg oorweeg. Die hof is verder verplig om internasionale reg te oorweeg, en om die waardes te bevorder wat ‘n oop en demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid onderlê.¹¹⁰

Ten einde behoorlik uitvoering te gee aan klousule 36 van die RSA Grondwet, wat die beperking van menseregte reguleer, behoort oorweging geskenk te word aan die statutêre verweer van besigheidsnoodsaak soos gevind in die Amerikaanse wetgewing. In die beoordeling van die toepasbaarheid van besigheidsnoodsaak as ‘n beperking van die reg op gelykheid¹¹¹, moet die inperking van gelyke behandeling deur ‘n diskriminerende werkgewerspraktyk deur die volgende faktore *inter alia* beoordeel word:

- (i) die aard van die reg op gelyke behandeling en gelyke geleenthede;
- (ii) die belangrikheid van die doel van die diskriminerende werkgewerspraktyk;
- (iii) die aard en omvang van die diskriminerende werkgewerspraktyk;
- (iv) die verband tussen die diskriminerende werkgewerspraktyk en die doel daarvan;
- (v) ander, minder inperkende, mediums of wyses om die doel van die werkgewer te bereik.¹¹²

¹⁰⁸ Sien bespreking van *Diaz v. Pan American World Airlines* in hoofstuk 2 infra. Sien ook du Toit et al, 1996: 403.

¹⁰⁹ Sien Van Niekerk A, 1995: 106-108. Sien ook Bloch F, 1994: 28-47

¹¹⁰ Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996, artikel 39.

¹¹¹ Sien Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996, artikel 9. Sien ook bepalings rondom die reg op billike arbeidspraktyke, soos gereguleer in artikel 23(1) van die Grondwet.

¹¹² Sien *ibid*, artikel 36.

Die wye formulering van die reg op gelykheid in diens in Suid-Afrika, en die statutêre verpligting op die werkgever om nie teen werknemers of applikante te diskrimineer nie, moet verder binne die raamwerk van *direkte en indirekte* diskriminasie beoordeel word.¹¹³ Die leerstukke van *ongelyke behandeling en ongelyke impak* vind binne hierdie raamwerk toepassing, en sal houe met vrag gebruik kan maak van die verweer van besigheidsnoodsaak soos uiteengesit in hoofstuk 2.¹¹⁴

Aangesien die Suid-Afrikaanse verweer van “inherente vereistes van die werk” van toepassing is op die inherente vereistes van die “betrokke werk”, sal die algemene uitsluiting van lede van ‘n groep nie regverdigbaar wees nie, tensy daar spesifieke redes bestaan hoekom geen persoon van ‘n bedoelde groep geskik is vir die werk nie.¹¹⁵ Ras en geslag kan slegs geldige redes vir diskriminasie daarstel waar dit essensieel is tot die betroubaarheid of geloofwaardigheid van die betrokke werk. So sal dit ook regverdigbaar wees om daarop aan te dring om slegs ‘n vrou aan te stel as die hoofballerina in “*Swanlake*”, of ‘n man as speler in ‘n rugbyspan.

Die bewering dat die werk ‘n “betroubare persoon” vereis, moet ook met omsigtigheid hanteer word waar dit as diensvereiste gestel word dat die werknemer geen kriminele rekord mag hê nie. Dit word beskou as ‘n integrale vereiste vir “enige” werk dat daar ‘n vertrouwensverhouding tussen werkgever en werknemer moet bestaan. Die teenwoordigheid van ‘n kriminele rekord is egter nie noodwendig aanduidend van die gebrekkige rehabilitasie van ‘n persoon nie.

In alle gevalle moet die oortreding verband hou met die tipe werk wat die persoon sal verrig.¹¹⁶ Dit kan gevolglik moontlik wees om, afhangende die omstandighede, ‘n persoon met ‘n oortreding van kindermisbruik uit te sluit van ‘n aanstelling as onderwyser in ‘n skool, maar sodanige kriteria sal onbillik wees waar die persoon aansoek doen om aan aanstelling as rekenmeester in ‘n fabriek.

In alle gevalle van diensdiskriminasie moet die aard en graad van die diskriminasie opgeweeg word teen die bedoelde gevolg, en moet die benadeling van persone wat

¹¹³ Sien die Suid-Afrikaanse “Equal Employment Opportunity Act” 1998, artikel 5.

¹¹⁴ Vergelyk Sunstein CR, 1989: 425. Sien ook *Marbury v. Madison* 4 U.S. (1 Cranch) 137 (1803) waar die rol van die houe in die judisiële hersieningsproses tradisioneel en fundamenteel histories uiteengesit is. Sien ook verder *Chevron v. Natural Resources Defense Council* 467 U.S. 837 (1984) waar die uitlegbenadering by dubbelsinnige wetgewing bespreek word.

¹¹⁵ Vergelyk byvoorbeeld *Johnston v. Royal Ulster Constabulary* [1986] ECR 1651 waar die Britse Regering gepoog het om vrouens uit te sluit van gedeeltes van die weermag op gronde van sensitiwiteit en nasionale belang. Sien ook *Audra Sommers, a/k/a Timothy K. Cornish v. Budget markteing*, Eighth Circuit, 667 F.2d 748 (1982) waar beslis is dat die reg op diensgelykheid, soos gereguleer deur Titel VII van die “Civil Rights Act” nie van toepassing is op transvestiete nie.

¹¹⁶ Sien Williams RM, 1989. Sien ook Farley JE, 1987: 129-150 waar hierdie aspek binne die raamwerk van segregasie, rassediskriminasie en manlike werkloosheid beoordeel word.

gediskwalifiseer word deur die betrokke "inherente diensvereiste" altyd proporsioneel en billik wees.¹¹⁷

Verwysing na die beslissing in *Transport & General Workers Union & Another v Bayete Security Holdings*¹¹⁸ is hier relevant. In hierdie saak is beslis dat: "*The mere fact that an employer pays one employee more than another does not in itself amount to discrimination*".¹¹⁹ 'n Werkgewer mag wel verskillende salarisse aan werknemers betaal indien die aard van die werksaamhede en die vereiste kwalifikasies en ervaring wat van die werknemers verwag word, verskil en die betaling van verskillende salarisse daardeur genoodsaak word:

*"Discrimination takes place when two similarly circumstanced individuals are treated differently. Pay differentials are justified by the fact that employees have different levels of responsibility, expertise, experience, skills and the like."*¹²⁰

Dit word aan die hand gedoen dat die interpretasie van "inherente vereistes van die werk" (soos vervat in die EEA), gemaklik gekoppel kan word aan die beginsel van besigheidsnoodsaak soos uiteengesit in Hoofstuk 2. In die ontwikkeling van die leerstuk van besigheidsnoodsaak in Suid-Afrikaanse verband kan daar ook beslis gebruik gemaak word van die aangehaalde beginsels soos vervat in *Transport & General Workers Union & Another v Bayete Security Holdings*.

2.4.2 Regstellende Aksie

Die tweede prominente verweer wat in die Suid-Afrikaanse reg erken word, is regstellende aksie.¹²¹ Kragtens artikel 9(2) van die grondwet mag stappe, wat andersins beskou sou word as 'n verydeling van die doel van gelykheid vir alle persone, regmatiglik geneem word ten einde te verseker dat substantiewe gelykheid realiseer vir persone of groepe wat benadeel is deur onbillike diskriminasie.¹²²

¹¹⁷ Sien *Bilke-Kaufhaus GmbH v Weber von Hartz* [1986] ECR 1 607, waar beslis is dat dienskriteria wat indirek diskrimineer slegs verdedigbaar is op objektief-bepaalbare ekonomiese gronde, welke gronde moet korreleer met die werklike behoefte van die besigheid, en moet die behoefte daarby ook geskik en noodsaaklik wees.

¹¹⁸ *Transport & General Workers Union & Another v Bayete Security Holdings* (1999) 20 ILJ 1117 (ILC)

¹¹⁹ *Transport & General Workers Union & Another v Bayete Security Holdings*: para 7

¹²⁰ *Transport & General Workers Union & Another v Bayete Security Holdings*: para 7

¹²¹ Artikel 9(2) van die Grondwet bepaal:

"To promote the achievement of equality, legislative and other measures designed to protect or advance persons, or categories of persons, disadvantaged by unfair discrimination may be taken."

¹²² Sien Mureinik E, 1994:47

Dit is ook duidelik uit die wyu-geformuleerde aard van die gelykheidsbepalinge dat regstellende aksie programme in Suid-Afrika nie alleen die slagoffers van rassediskriminasie moet bevoordeel nie, maar ook ander persone of groeperinge wat histories benadeel is, en steeds benadeel word, deur onbillike diskriminasie.¹²³ In hierdie verband identifiseer *Coldwell* drie vorme van benadeling, naamlik sosio-ekonomies, polities-regtelik en sosio-psigologies.¹²⁴ Volgens *Regter O'Regan*, vir wie hierdie indelingsvorme aanvaarbaar is, is dit egter die swart vrou wat (weens sowel ras- as geslagsdiskriminasie) aan al drie die vermelde vorme van benadeling onderwerp was, wie die grootste behoefte ondervind vir korrigerende deur middel van regstellende aksie programme.¹²⁵

Artikel 9 (2) van die RSA Grondwet magtig regstellende aksie, maar is in eie reg nie voldoende om dit te verseker nie. Verdere gedetailleerde wetgewing, waardeur regstellende aksie programme gemagtig en waarin die vereiste inhoud van sodanige programme uitgestip word, word aangetref in die Wet op Gelyke Indiensneming en die "Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act" hierbo na verwys.¹²⁶ Laasgenoemde twee wette reflekteer 'n wyer perspektief in hulle verwysing na diensbillikheid, maar maak ook voorsiening vir meer spesifieke planne ten aansien van voorkeurbehandeling in aanstellings, bevorderings, opleiding en vooruitgang. Hierdie voorkeurbehandeling kan beskou word as regstellende aksie maatreëls, alhoewel dit in gedagte gehou moet word dat diensgelykheid nie slegs uit regstellende aksie bestaan nie.¹²⁷

regstellende aksie impliseer noodwendig dat daar nie op die stadium waarop die regstellende aksie program ingestel word diensgelykheid bestaan nie (bv. onvoldoende verteenwoordiging van voorheen benadeelde groeperinge in die werksplek). 'n regstellende aksie program het ten doel het om hierdie diensongelykheid (bv. gebrekkige verteenwoordiging van voorheen benadeelde groeperinge in die werksplek)

¹²³ Sien bespreking in Sadie Y, 1995: 180

¹²⁴ Coldwell D, 1995: 20

¹²⁵ Sien *Brink v Kitshoff* 1996 6 BCLR 752 (CC) 769.

¹²⁶ Artikel 14(1) van die "Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act" bepaal naamlik soos volg:

"It is not unfair discrimination to take measures designed to protect or advance persons or categories of persons disadvantaged by unfair discrimination or the members of such groups or categories of persons."

¹²⁷ 'n Werkgewer kan verskeie ander maatreëls instel ten einde gelykheid te handhaaf of te bereik, sonder dat sodanige maatreëls as regstellende aksie gereken word. 'n Voorbeeld hiervan is die instelling van nie-diskriminerende dissiplinêre prosedures. Sien ook Du Toit et al, 1995: 402.

te korrigeer. By bereiking van die doelwit van 'n regstellende aksie program, moet die voorkeurbehandeling (soos beliggaam in die regstellende aksie program) wegval.¹²⁸

Die positiewe maatreëls wat deur werkgewers ingestel moet word, kragtens die *Employment Equity Act*, word inhoudelik omskryf in artikel 15 van hierdie wet:

- "15. (1) *Affirmative action measures are measures designed to ensure that suitably qualified people from designated groups have equal employment opportunities and are equitably represented in all occupational categories and levels in the workforce of a designated employer.*
- (2) *Affirmative action measures implemented by a designated employer must include –*
- (a) measures to identify and eliminate employment barriers, including unfair discrimination, which adversely affect people from designated groups;*
 - (b) measures designed to further diversity in the workplace based on equal dignity and respect of all people;*
 - (c) making reasonable accommodation for people from designated groups in order to ensure that they enjoy equal opportunities and are equitably represented in the workforce of a designated employer;*
 - (d) subject to subsection (3), measures to –*
 - (i) ensure the equitable representation of suitably qualified people from designated groups in all occupational categories and levels in the workforce; and*
 - (ii) retain and develop people from designated groups and to implement appropriate training measures, including measures in terms of an Act of Parliament providing for skills development.*
- (3) *The measures referred to in subsection (2)(d) include preferential treatment and numerical goals, but exclude quotas.*
- (4) *Subject to section 42, nothing in this section requires a designated employer to take any decision concerning an employment policy or practice that would establish an absolute barrier to the prospective or continued employment or advancement of people who are not from designated groups."*¹²⁹

¹²⁸ Sien *George v Liberty Life Association of Africa Ltd* 1996 17 ILJ 571 (IC) 593F.

¹²⁹ *Employment Equity Act*, artikel 15.

Volgens *Du Toit* kan regstellende aksie maatreëls sowel retrospektief (bedoel om diskriminasie in die verlede te korrigeer) as prospektief (met die doel om kondisies te verhoed waarin diskriminasie weer mag plaasvind) geskied. Voorbeelde van laasgenoemde kan insluit die instelling van maatreëls waardeur voldoende verteenwoordiging van benadeelde groeperinge in besluitnemingsposisies verseker word.¹³⁰ Dit is egter belangrik om in gedagte te hou dat nie alleen diensgelykheidsmaatreëls nie, maar ook enige regstellende aksie program, aan grondwetlike beperkinge onderhewig is, en aldus beoordeel moet word binne die grondwetlike beperkingsklousules soos hierbo beoordeel.

Die belangrikheid van die formulering en implementering van 'n regstellende aksie program is beklemtoon in *Shabalala & Others v The Attorney-General of the Transvaal & Another*.

*"...it is clear that the Constitution aims to redress historical inequities and imbalances. It requires as a constitutional imperative that the public service be broadly representative of the South African community. The attainment of this constitutional objective, in particular in the public services, would be impossible without a programme of affirmative action."*¹³¹

Ook in *Independent Municipal & Allied Workers Union v Greater Louis Trichardt Transitional Local Council* word gemaan teen die lukrake implementering van regstellende aksie, en word duidelike vereistes vir die daarstelling van legitieme regstellende aksie maatreëls neergelê:

"Affirmative Action however should not be applied in an arbitrary and unfair manner...There appears to be no doubt therefore that for affirmative action to survive judicial scrutiny the following is relevant:

- *there must be a policy or programme through which affirmative action is to be effected;*
- *the policy or programme must be designed to achieve the adequate advancement or protection of certain categories of persons or groups disadvantaged by unfair discrimination..."*¹³²

¹³⁰ Du Toit et al, 1996: 403

¹³¹ *Shabalala & Others v The Attorney-General of the Transvaal & Another* 1996 (1) SA 725 (CC): para 16

¹³² *Independent Municipal & Allied Workers Union v Greater Louis Trichardt Transitional Local Council* (2000) 21 ILJ 1119 (LC): 1126

regstellende aksie programme verskillende ingestel moet word deur middel van kollektiewe onderhandeling.¹³⁵

Dit volg uit bogaande beslissings dat 'n regstellende aksie program wel 'n diskriminerende effek kan hê, maar dat 'n regstellende aksie program as billik bewys kan word binne die konstitusionele en wetgewende mandaat. Aangesien die bepalings rondom regstellende aksie beskou kan word as 'n uitsondering tot die reg tot gelykheid en die verbod tot onbillike diskriminasie, sal wysigingswetgewing vermag kan word op die stadium wat die nasionale behoefte aan regstellende aksie vervaag het.¹³⁶

2.5. SAMEVATTING VAN DIE GEBREKE IN DIE BESTAANDE STATUTÊRE DIENSBILLIKHEIDSBESTEL IN SUID-AFRIKA

Uit die studie rondom die reg op billikheid en die rol van diskriminasie in Suid-Afrikaanse wetgewing blyk dit duidelik dat daar 'n verpligting op die werkgewer rus om te verseker dat elke persoon 'n gelyke kans gebied word om sy vermoëns te demonstreer, te gebruik en te ontwikkel. Die vraag is of gelyke diensgeleenthede in lyn met die beginsel van meriete geïnterpreteer moet word?¹³⁷ Die aard en inhoud van 'n werkgewer se proaktiewe benadering tot verandering behoort bepalend in hierdie verband te wees. Die moontlikheid om sistemiese struikelblokke met relevante kriteria te verwar, moet ook statutêr uitgeskakel word, en is gedetailleerde wetgewing hieroor noodsaaklik.

Kritiek teen bestaande gelykheidswetgewing in Suid-Afrika, soos hierbo bespreek, kan juis uitgespreek word teen die algemene formulering van die gelykeheidsbepalings, en die gebrek aan definisies vir billikheidsterminologie soos "indirekte diskriminasie", "besigheidsnoodsaak", "inherente vereistes van die werk", "redelike akkommodasie", "sistemiese struikelblokke", ens. Geen statutêre besonderhede word verskaf rondom die interpretasie van onbillike diskriminasie in diens nie, en is die voorbeelde van onbillike arbeidspraktyke, soos uiteengesit in artikel 29 van die "Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act", uiters beperk. Die indruk word geskep dat die basiese diskriminasieverbod van die Grondwet 1996 bloot herhaal word in ooreenstemmende terminologie.

¹³⁵ Department of Correctional Services v Van Vuuren (1999) 20 ILJ 2297 (LAC): 2301

¹³⁶ Vergelyk Rycroft A, 1999: 1414

¹³⁷ Sien ook New South Wales Department of Industrial Relations, 1999:1, waar die teoretiese konklusie gemaak word dat, in beleidsdokumente van *New South Wales*, die beste persoon in ieder geval geselekteer word en dat sodanige seleksie suiwer op grond van relevante kriteria geskied. Sien ook Cousey M et al, 1991:7, Fastenau M, 1996: 28-29, en Poiner G et al, 1991:8 vir soortgelyke besprekings.

Die “Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act” reguleer ook bloot oorkoepelend die beginsels rondom diskriminasie in diens, terwyl spesifieke, afsonderlike, wetgewing rondom rassediskriminasie, geslagsdiskriminasie, ouderdomsdiskriminasie, en diskriminasie op grond van gestremdheid steeds ontbreek in die Suid-Afrikaanse wetgewende profiel. Die globale benadering, soos beliggaam in die Employment Equity Act en die “Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act”, is nie noodwendig foutief nie, maar interpretasieprobleme voortvloeiend uit algemene gelykberegtigingsklousules kan verhoed word deur spesifieke en omvattende wetgewing ten aansien van aspekte soos ras, geslag, ouderdom en gestremdheid te promulgeer. Die beginsels soos vergelyk in hierdie studie, behoort ‘n stewige fondament te vorm vir die promulgering van sodanige wetgewing in Suid-Afrika.

Alhoewel die “Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act” voorsiening maak vir die verpligting van die Staat en enige ander persoon om stappe te neem ten einde gelykheid op alle tereine te bevorder, word diskriminasie in die *diensverhouding* nie voldoende in hierdie wet aangespreek nie. Die diensverhouding kan as geïmpliseerd tot die wetsverbodinge vertolk word, maar sou spesifieke verwysing duidelikheid in die interpretasieproses gebring het.¹³⁸

Met verwysing na die verskillende vorme van diskriminasie soos hierbo bespreek, volg dit dat die werkgever aanspreeklik is ook waar diskriminasie die onbedoelde of indirekte resultaat is van dienspraktyke waardeur ‘n bepaalde groepering werknemers of potensiële werknemers uitgesluit of andersins benadeel word. Die beginsel van redelike akkommodasie vereis, aanvullend hiertoe, dat dienspraktyke en –beleide sodanig gewysig word dat geen individu voordele verbeur of uitgesluit word suiwer weens ras, geslag, gestremdheid of ander diskriminasie-grond nie.¹³⁹ Die vraag is of die werkgever werklik voldoende in die besondere of spesiale behoeftes van persone uit die betrokke voorheen benadeelde groeperinge kan voorsien deur die instelling van beleidsriglyne en implementeringstrategieë. Daar word naamlik verwag dat, wanneer ‘n werknemer of applikant (uit ‘n voorheen benadeelde groepering) redelike akkommodasie versoek, die werkgever ernstige oorweging sal skenk aan die moontlikheid om spesiale reëlins te tref vir die besondere geval. Voorbeelde kan insluit gemodifiseerde werkskodes en selfs die aanpassing van werksverantwoordelikhede.

¹³⁸ Sien ook Bloch F, 1994: 3, 74, 85-87

¹³⁹ Sien Peritt HH Jr, 1993: Section 10.4 en die “Americans with Disabilities Act “ (ADA) 42 U.S.C.(Supp. 1990). In Kanada het die menseregte tribonale werkgevers onder ‘n verpligting geplaas om ‘n graad van buigzaamheid te demonstreer ten einde te voldoen aan die redelike behoeftes van werknemers. Sien Employment and Immigration Department Canada, 1998:8.

Die wye diskresie wat daar egter binne die Suid-Afrikaanse konteks gelaat word aan die werkgewer om die versoek van redelike akkomodasie te oorweeg en goed- of af te keur, noop die kritikus om die doelmatigheid van die regsbeginsele te betwyfel. In praktyk kan dit beteken dat daar bloot 'n prosedurestap ingebou word in die werkgewer se besluitnemingsprosesse, terwyl geen besliste uitkoms vereis word nie. Wetgewing behoort streng kontroles in hierdie verband in te bou.

3. BEVINDINGE NA NASIONALE DIENSGELYKHEID VERSLAGGEWING 2000

Op 2 Oktober 2000 het die Departement van Arbeid in Suid-Afrika sy sleutelbevindinge rondom diensgelykheidsprofile in Suid-Afrika bekend gemaak. Hierdie bekendmaking het geskied tydens die amptelike lansering van die diensgelykheidsregister van Suid-Afrika.¹⁴⁰ Alhoewel hierdie verslag van die Departement van Arbeid beskou kan word as 'n belangrike mylpaal in die reis na gelykheid in Suid-Afrika, is dit duidelik dat die gevolge van historiese rassisme en ander vorme van diensdiskriminasie steeds die Suid-Afrikaanse werksplek affekteer. In die woorde van die Minister van Arbeid, tydens vermelde bekendmaking:

"Our journey started in the bowels of the apartheid mine, factory and farm... How quickly do we forget this history? Yet it continues to shape employment patterns today – as the results of our analysis will show you. And it continues to shape the cultural paradigm of our workplaces and I am afraid, our society."

Ook tydens die Nasionale Konferensie oor Rassisme, soos aangebied deur die Suid-Afrikaanse Menseregte Kommissie in September 2000, het verskeie sprekers hulle kommer uitgespreek oor die bestaan van rassisme in die werksplek.¹⁴¹ Die konferensie het uitdruklike resolusies geneem rondom die implementering van beleide en maatreëls ter vermindering van dispariteite in rykdom, insluitend land en grondhervorming, toegang tot kapitaal, vaardighede en opleiding. Hierdie resolusies is vergestalt in die twee ekonomiese strategieë van die Regering:

"In respect of the economic arena, government has developed a two-pronged response, namely black economic empowerment and employment equity to

¹⁴⁰ Vergelyk die openingstoespraak van die Minister van Arbeid (Suid-Afrika) tydens die lansering van die diensgelykheidsregister, 2000: 1. <http://www.labour.gov.za/docs/sp/2000/sp1002.html>

¹⁴¹ Vergelyk die s'telling gemaak deur ANC MP vir Parlement, Pallo Jordan: "The fact of the matter is that any system of racism provides those who are part of the privileged group with unearned rewards. If you were white in South Africa you were always first in the job queue. Sometimes you were the only one in the job queue. It is ridiculous to suggest that white and black South Africans are at the same starting line." Aangehaal deur die Minister van Arbeid, Openingstoespraak tydens die lansering van die diensgelykheidsregister, 2000: 1.

address the systemic racism that continues to exist. Black economic empowerment addresses the lack of meaningful black ownership in our country while employment equity addresses the lack of meaningful participation by blacks, women and disabled people as employees within enterprises...[There] are a number of areas where there is considerable scope for interaction including in respect of skills development, job creation and small business promotion.”¹⁴²

Dit is duidelik uit bogaande aanhaling dat die diensgelykheidstrategie van die Regering in Suid-Afrika nie alleen ten doel het om diskriminasie in die werksplek te verbied en regstellende aksie aan te moedig nie, maar ook om ekonomiese groei van die land te stimuleer. Hierdie uitgangspunt word ook aangetref in ooreenstemmende uitsprake van die Wêreld Bank:

“...inequality undermines development and prospects for reducing poverty, while economic growth and rising incomes reduce inequality...Studies show that societies where discrimination is greatest have more poverty, slower economic growth and a lower quality of life than societies with less discrimination.”¹⁴³

Ten einde dus die sukses van die Regering se diensgelykheidstrategie te kan beoordeel, is 'n fyn analise van die 2000 diensgelykheidsregister noodsaaklik. Tydens die vermeldde openingstoespraak van die Minister van Arbeid, is die volgende statistieke bekendgemaak:

- 24% of black people are in senior managerial positions (public and municipal sectors excluded);
- 24% of women are in managerial positions, of which only 7,8% are black;
- Less than 0,6% of people with disabilities are in senior management positions.¹⁴⁴

¹⁴² Openingstoespraak van die Minister van Arbeid (Suid-Afrika) tydens die lansering van die diensgelykheidsregister, 2000: 2. <http://www.labour.gov.za/docs/sp/2000/sp1002.html>. Vergelyk ook die versugtinge van die Staatspresident tydens sy *State of the Nation Address, National Assembly Chamber, Cape Town, February 9, 2001*, waar hy soos volg opgemerk het:

“We will therefore have to take the necessary steps further to develop a national consensus on this matter and to demonstrate to the whole world the practical resolve of all our people to push back the frontiers of racism and xenophobia in our country...This will include the creation of effective management and administrative machineries in every municipality, the proper integration of the formerly different areas and the implementation of development programmes, including those focused on poverty alleviation.”

¹⁴³ Africa News, *Discrimination and Poverty Likely Bedfellows*, 20 November 2000:1. <http://www.globalpolicy.org/soecon/mequar/2000>.

¹⁴⁴ Departement van Arbeid, *Employment Equity Reporting: Key Findings*, 2 October 2000. Volgens die Minister van Arbeid het slegs 60% van werkgewers wat wetlik verplig is om te rapporteer, op daardie stadium verslae ingedien. Vergelyk die openingstoespraak van die Minister

Gegee die demografie van die land, is dit uit bostaande statistieke duidelik dat diensdiskriminasie oënskynlik steeds teenwoordig is in die bestuursamestelling van besighede in Suid-Afrika. Hierdie stelling is gebaseer alleenlik op die land se demografiese getalle, sonder inagneming van gepaardgaande meriete en kwalifikasies. Die interpretasie van bogenoemde statistieke kan egter eers sinvol gedoen word indien betroubare meriete en kwalifikasie statistieke ook beskikbaar is vir die betrokke kategorieë (ras, geslag, gestremdheid) om sodoende dan 'n geïntegreerde interpretasie daar te stel. Meriete en kwalifikasie statistieke binne hierdie konteks is egter nog nie geredelik beskikbaar in Suid-Afrika nie.

Wat egter meer kommerwekkend is, is dat 40% van werkgewers wat wetlik verplig is om te rapporteer, geen verslag ingedien het nie, en dat 23% van die verslae wat ontvang was nie deur die Hoof Uitvoerende Beampte van die werksplek onderteken was nie.¹⁴⁵ Hierdie dilemma kan weliswaar die gevolg wees van gebrekkige toewyding en erns vanaf die kant van werkgewers, maar behoort die probleem ook gesoek te word in die administratiewe dilemmas wat ondervind mag word in die implementering van die *Employment Equity Act*¹⁴⁶. Voorbeelde hiervan blyk die volgende te wees:

- Die *Employment Equity Act* verwys spesifiek na die indiening van 'n diensgelykheidplan¹⁴⁷. Sodanige plan behoort uiteraard alle fasette van diskriminasie in diens te hanteer, en nie alleenlik indiensneming nie. Die Wet vereis egter nie dat hierdie plan ingedien moet word aan die Departement nie, en is daar geen kontroles in plek om te verseker dat die betrokke werkgewers inderdaad so 'n plan opgestel het nie. Die verslaggewingsverantwoordelikhede word uiteengesit in artikel 21 van die Wet, en is in praktyk geïmplementeer deur van werkgewers te verwag om voorgeskrewe vorms te voltooi. Waar 'n werkgewer aldus 'n uitgebreide gelykheidsplan geformuleer het en ingehandig het by die Departement, is bloot aangedui dat die betrokke voorgeskrewe vorms benodig word.¹⁴⁸

Die vraag ontstaan of die monitering van institusionele dienspraktyke werklik behoorlik kan geskied indien daar bloot gewerk word op die inhoudelike van

van Arbeid (Suid-Afrika) tydens die lansering van die diensgelykheidsregister, 2000: 4. <http://www.labour.gov.za/docs/sp/2000/sp1002.html>

¹⁴⁵ Slegs 3000 verslae is ontvang. Vergelyk Levy A 2001: 9(1:1)

¹⁴⁶ *Employment Equity Act*, No. 55 of 1998 (ook na verwys in hierdie hoofstuk as "Die Wet")

¹⁴⁷ Vergelyk artikel 20 van die *Employment Equity Act*.

¹⁴⁸ Korrespondensie tussen die Departement van Arbeid en die Technikon Vrystaat in 2000 is beskikbaar op aanvraag.

die betrokke vorms. Waar 'n institusionele gelykheidsplan aldus holisties voorsiening gemaak het vir gelykberegting (byvoorbeeld die insluiting van opleiding, oorplasing, bevordering en dergelike) binne bepaalde transformasie prosesse, is doelwitte in 'n gekondenseerde formaat aan die Departement voorsien.

- Die formaat waarin gelykheidsdoelwitte doelwitte vergestalt moet word, is verder so voorskriftelik dat 'n dilemma in die interpretasie van voorgeskrewe poskategorieë ondervind kan word. Die Departement het naamlik 'n spesifieke vorm ontwerp (vorm EEA2) waarin die doelwitte vir voorgeskrewe poskategorieë uiteengesit moes word. Die dilemma is geleë in die feit dat die voorgeskrewe poskategorieë nie noodwendig aangetref word in die betrokke werksplek nie. Weens die gebrek aan enige definisies van die betrokke poskategorieë kan die werkgewer sy werknemers ook ter goeder trou, maar foutiewelik, onder 'n bepaalde kategorie indeel. 'n Sinvolle benadering kon geleë wees in die aanvullende gebruikmaking van posvlakke of selfs salarisskale in die vorm. Die risiko wat nou ter sprake kom, is dat appels met pere vergelyk word, welke nie noodwendig 'n ware weergawe van die situasie sal wees nie.

Buiten administratiewe dilemmas wat mag bestaan, is daar bepaalde inherente gebreke in die bestaande *Employment Equity Act* wat verslaggewing en monitering van diensgelykheid belemmer. Die volgende voorbeelde is relevant:

- Die wet maak nie voorsiening vir persone wat meervoudige struikelblokke tot billike indiensneming ondervind of ondervind het nie. 'n Persoon wat dus presenteer as byvoorbeeld swart en vroulik en/of gestremd ontvang geen besondere bevoordeling in die wet nie. Soortgelyk word werkgewers nie addisioneel tegemoetgekom (betreffende die behaal van gelykheidsdoelwitte) waar sodanige persoon in diens geneem is nie. Hierdie dilemma was reeds in 1998 geantisipeer deur *South African Council of Churches*:

"The Bill does not explicitly acknowledge that many individuals, especially black women, face multiple barriers to employment. The experience of other nations with similar legislation suggests that the primary beneficiaries will be those who must overcome the fewest obstacles – black men, white women, and white men with disabilities...Employers should be required to compensate for the

*impact of multiple barriers by developing employment equity plans that give the highest priority to the hiring of qualified individuals who have faced the greatest obstacles in the past. Similarly, progress reports should highlight an employer's success in addressing multiple barriers by providing sufficient detail about the composition of the employer's current work force."*¹⁴⁹

- In die Oktober 2000 *Household Survey* van Statistiek Suid-Afrika (soos bekendgemaak in Julie 2000), is onthul dat, gedurende die periode 1996-1999, die totale indiensnemingsgetalle vanaf 9,3 miljoen tot 10,4 miljoen gestyg het, verteenwoordigend van 'n netto groei van 1,1 miljoen poste.¹⁵⁰ Ten spyte van hierdie groei, word 'n voortdurende salarisgaping tussen blankes en persone vanuit voorheen benadeelde groeperinge ervaar. Hierdie situasie blyk duidelik uit die volgende statistiek:

*"Reflecting the persistence of poverty among the Africans as well as disparities even at the high income levels, the BMR reports that more than 84% of the low income accrued to Africans, 71,9 % of income earned by the high income group went to whites and 22 % to Africans."*¹⁵¹

Gegee vermelde statistiek word dit as bejammerenswaardig beskou dat die inkomste gaping tussen werknemers nie aangespreek word in bestaande gelykheidswetgewing in Suid-Afrika nie. Alhoewel voorsiening gemaak word vir gelyke betaling vir gelyke werk in die werksplek¹⁵², word die nasionale probleem van ongelyke verdeling van rykdom nie gesaghebbend gereguleer nie en word armoede in Suid-Afrika nie daadwerklik

¹⁴⁹ South African Council of Churches, Public Policy Update, 9 Julie 1998:2, <http://www.sacc-ct.org.za>

¹⁵⁰ Vergelyk die Staatspresident se *Nation Address*, *National Assembly Chamber*, Cape Town, Februarie 9, 2001.

¹⁵¹ Ibid. Vergelyk ook die statistieke van die Sentrale Statistiekdiens soos vervat in Oktober 1994 se *Household Survey*, waar die werkloosheidsyfer as 33% aangetoon is.

¹⁵² Vergelyk artikel 1 van die Skedule tot die *Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act*, Act 4 of 2000 waar die volgende praktyke as onbillik praktyke in die werksplek geïdentifiseer is:

- (a) *Creating artificial barriers to equal access to employment opportunities by using certain recruitment and selection procedures.*
- (b) *Applying human resource utilisation, development, promotion and retention practices which unfairly discriminate against persons from groups identified by the prohibited grounds.*
- (c) *Failing to respect the principle of equal pay for equal work.*
- (d) *Perpetuating disproportionate income differentials deriving from past unfair discrimination."*

aangespreek nie. Ook hierdie dilemma was voorsien deur die *South African Council of Churches*:

*"True equity in employment should address not only the historic exclusion of most South Africans from the formal economy but also the enormous gulf between wages at the upper and lower ends of the labour market. The bill should also require designated employers to identify and report on the implementation of pro-active measures to reduce the wage inequity across job categories, thereby narrowing the gap between their highest and lowest paid employees."*¹⁵³

Dit word wyd aanvaar dat die groot inkomsteverskille in Suid-Afrika 'n direkte gevolg van apartheid is, die hartkamer van ongelykheid wat die *Employment Equity Act* behoort aan te spreek. Dit is dan ook met kommer dat dit waargeneem word dat daar nie uit die verslae van werkgewers 'n wesenlike verbetering in hierdie verband aangetoon word nie. Die vraag kan inderdaad gevra word of die wetgewing werklik in sy kerndoel slaag. Vergelyk in hierdie verband die standpunt van COSATU, soos geformuleer in Maart 1998:

"The apartheid wage gap is characterized by a concentration of low wage, low skill employment, particularly amongst African and women workers, at one end of the spectrum. At the other end of the spectrum are high paying managerial and executive positions monopolized disproportionately by white men. This has resulted in a hierarchy, which drains economic resources into the higher occupational layers often the least productive strata of the economy...The Green Paper and the Bill lay great emphasis on training as part of a strategy for empowerment of "designated groups". While this is welcome, it does not go far enough. The Employment Equity Plan envisaged in the legislation should be broadened to include commitment by the company to reorganization of the occupational structures, flattening of hierarchies, a new approach to grading and training and reduction of the wage gap within specific time frames...A global, national, approach to this process would be important in ensuring that those companies flattening the wage structure are not put at a disadvantage, insofar as it may lead to a flight of skills to companies not implementing wage equity proposals. Such national campaigns are not without precedent. Norway for example adopted the 'Solidarity

¹⁵³ Ibid: 2

*Alternative'; a deliberate national policy of reducing the wage gap by giving the lowest paid the highest increases."*¹⁵⁴

Vergelyk in bogaande verband ook die uitspraak in *Larbi-Odam and others v Member of the Executive Council for Education (North West Province and Another 1998 (1) SA 745)*, waar die Konstitusionele Hof beslis het dat, waar dit 'n legitieme doel vir 'n staatsdepartement is om werkloosheid onder Suid-Afrikaanse burgers te verminder, dit die primêre doel van 'n opvoedkundige staatsdepartement is om kwaliteit opvoeding te voorsien. Permanente inwoners behoort dus geensins verskillend beskou te word as ander Suid-Afrikaanse burgers wanneer dit kom by die vermindering van werkloosheid nie, en moet sodanige inwoners dieselfde sorg vanaf die regering ontvang waar dit die beskikbaarheid van diensgeleenthede betrek.¹⁵⁵

Die Departement van Arbeid het die volgende algemeen voorkomende struikelblokke, wat na vore gekom het in die gelykheidsverslae van werkgewers, geïdentifiseer:

- *Training and Development (Access to training and development was largely seen to be disproportionate with the focus at senior levels being on the training of white staff members; Poor training and development resulted in limited internal promotion opportunities)*
- *Recruitment and Selection Processes*
- *Succession and Experience Planning*
- *Performance and Evaluation Systems (Poor formulation and inconsistent implementation of performance management systems)*
- *Job classification and Grading (Lack of standardized and transparent job grading systems)*
- *Corporate Culture (White male dominated corporate culture)*
- *Low employee turnover*
- *Skills availability*
- *Unskilled workforce*
- *Financial constraints*
- *Lack of adherence to company policy*
- *A cultural and language bias*
- *A shortage of skilled applicants*
- *Poor induction*

¹⁵⁴ Cosatu Parliamentary Submission: Employment Equity Bill, 4 Maart 1998: 5-7.
<http://www.cosatu.org.za/docs/1998/empequit.htm>

¹⁵⁵ Vergelyk ook die verbintenis van Suid-Afrika met die SADC lande, soos na verwys hieronder.

- *Reasonable accommodation only seen as a disability issue.*¹⁵⁶

Dit blyk uit die geïdentifiseerde struikelblokke dat implementering van die *Employment Equity Act* steeds nie voldoende geantisipeer is deur werkgewers nie, en dat streng kontroles in plek gestel sal moet word ten einde implementering van die Wet (ingesluit die gees en bedoeling van die Wet) te monitor. Pogings wat reeds aangewend is deur die Departement van Arbeid om rapportering te vergemaklik en toeganklikheid te verseker, sluit in:

- *Die daarstelling van 'n direkte advies lyn (086 –0101018) waar vrae rondom die Wet en verslaggewingsprosedures beantwoord word;*
- *Die formulering van 'n gebruikersgids waarin algemene vrae en antwoorde rondom die Wet vervat word;*
- *'n Vereenvoudigde rapporteringsvorm vir werkgewers met minder as 150 werknemers;*
- *Die daarstelling van 'n webblad, sodat rapportering ook via die web kan geskied.*¹⁵⁷

Die daarstelling van 'n Gedragskode vir gestremdheid in die werksplek behoort ook die geleentheid vir persone met gestremdhede te bevorder, as 'n voortvloeiende van die beginsels vervat in die *Employment Equity Act*.¹⁵⁸ Die verdere behoefte aan 'n afsonderlike wet rondom gestremdheid word egter deur hierdie gedragskode beklemtoon, aangesien die werkgewer, by gebrek aan nasionale wetgewing, steeds 'n eie interpretasie aan beginsels soos “redelike akkommodasies” kan heg.

Op soortgelyke wyse behoort die voorgestelde *Code of Good Practice on Key aspects of HIV/AIDS and Employment*¹⁵⁹ onbillike diskriminasie in die werksplek (op grond van HIV status) te verbeter. As 'n poging van die Departement van Arbeid om 'n nie-diskriminerende werksomgewing te verseker, word hierdie gedragskode verwelkom. Aangesien hierdie gedragskode egter geen wetlike verpligting addisioneel tot die

¹⁵⁶ Departement van Arbeid, *Employment Equity Reporting: Key Findings*, 2 October 2000: 34-38

¹⁵⁷ Openingstoespraak van die Minister van Arbeid (Suid-Afrika) tydens die lansering van die diensgelykheidsregister, 2000: 6.

¹⁵⁸ Employment Equity Act No 55 of 1998 Code of Good Practice on Key Aspects of Disability in the Workplace Draft for public comments. Toespraak van Minister van Arbeid, Lansering van “Draft Code of Good Practice – Key aspects of disability in the workplace”, 20 April 2001: 1. <http://111.labour.gov.za>

¹⁵⁹ Employment Equity Act no 55 of 1998 Draft Code of Good Practice on Key Aspects of HIV/AIDS and Employment for public comment, Staatskoerant No. 21089, 25 April 2000

Employment Equity Act of enige ander wetgewing daarstel nie¹⁶⁰, is dit onseker in watter mate, indien enigsins, werkgewers uitvoering aan die gedragskode sal gee. Alhoewel die gedragskode byvoorbeeld riglyne verskaf vir die daarstelling van maatreëls ten einde HIV/VIGS beleide en programme vir die werksplek te implementeer, is daar geen wetlike verpligting tot rapportering in hierdie verband nie. Monitering van hierdie vorm van diensdiskriminasie sal gevolglik slegs indirek kan geskied, deurdat klagtes van diskriminasie op grond van HIV status deur gesaghebbende strukture ontvang en hanteer word. Myns insiens behoort aandag geskenk te word aan die inkorporering van verslaggewing rondom hierdie vorm van diensdiskriminasie in die jaarlikse gelykheidsverslag (soos vereis deur die *Employment Equity Act*) aan die Departement van Arbeid.

Dit is duidelik uit bogaande uiteensetting dat die Departement van Arbeid wel pogings aanwend om struikelblokke in die bereiking van diensgelykheid uit die weg te ruim. Ten einde egter ware oplossings vir bestaande struikelblokke te vind, behoort soortgelyke struikelblokke in ander lande regs wetenskaplik vergelyk te word. Die posisie in Kanada is in hierdie verband insiggewend.

In Kanada word enige statistiek ten aansien van rapportering deur werkgewers ten aansien van diensgelykheid streng wetenskaplik verantwoord deur verskeie invloedsfaktore in die statistiese analise te verreken. Ten einde 'n geloofwaardige statistiese patroon te kan formuleer, behoort die volgende statistieke (soos verreken in die Kanadese verslaggewing) ook deel uit te maak van die statistiek wat werkgewers op die voorgeskrewe vorm aan die Departement van Arbeid rapporteer (tans word verslag oor hierdie sake nie verwag nie):¹⁶¹

- Die persentasie permanente werknemers teenoor vaste termyn werknemers¹⁶²;
- Die persentasie voltydse werknemers teenoor deeltydse werknemers;
- Hoeveelheid indiensnemings per jaar;
- Hoeveelheid oorplasings per jaar;
- Hoeveelheid bevorderings per jaar.

¹⁶⁰ *Employment Equity Act* no 55 of 1998 Draft Code of Good Practice on Key Aspects of HIV/AIDS and Employment for public comment, Staatskoerant No. 21089, 25 April 2000: artikel 3.1

¹⁶¹ Vergelyk Human Resources Development Canada, Analysis of Employers' Report, 1 Desember 2000, <http://info.load-otea.hrdc-drhc.gc.ca>: 1-3

¹⁶² Tans word permanente en vaste termyn werknemers oor dieselfde kam geskeer ten aansien van die bereiking van aanstellingsdoelwitte

Aangesien statistiek in Suid-Afrika nie al die bogenoemde profiele verreken nie, wil ek die bekommernis uitspreek dat daar nie appels met appels vergelyk word nie, en dat diensgelykheid oor die breë spektrum gevolglik nie goed genoeg gemonitor word nie.

'n Verdere behoefte bestaan om gelykheidsresultate in die werksplek meer spesifiek ten opsigte van die onderskeie sektore te analiseer. Dit is nie voldoende om bloot die private van die publieke sektor te skei nie. Daar behoort ook spesifieke statistiese analises te wees van byvoorbeeld Onderwys, Vervoer, Kommunikasie, Bankwese en dergelike.¹⁶³ Veral gegee die nuwe Nasionale Vaardigheidsontwikkeling Strategie (soos bespreek hieronder) behoort hierdie gelykheidsprofiele 'n aanduiding te gee van nasionale behoeftes en werklike sektorale sukses met werksgelykheid.

4. ROL VAN MENSLIKE HULPBRON ONTWIKKELINGSTRATEGIEË

Op 23 April 2001 is die eerste geïntegreerde Menslike Hulpbronne Ontwikkelingstrategie in Suid-Afrika van stapel gestuur.¹⁶⁴ As 'n gekombineerde poging tussen die Departemente van Arbeid en Onderwys, word hierdie strategie as 'n omvattende nasionale poging beskou om die opleidingsprofiel in Suid-Afrika te normaliseer. Alhoewel VHUTSiLA¹⁶⁵ en TIRISANO gekombineer word in hierdie strategie, word die strategie nie daartoe beperk nie :

*"For the record this strategy is more than simply a combination of VHUTSiLA and TIRISANO – it is more than the sum of its parts, however great those parts may be – it holds the promise of being a quantum leap forward for our country."*¹⁶⁶

Gegee die belangrikheid van ontwikkeling van werknemers uit die voorheen benadeelde groeperinge (hetsy in die sin van leiding, opleiding of formele onderrig) ten einde gelykheidsprofiele in die werksplek te korrigeer, behoort werkgewers ten volle ingelig te bly rondom die onderskeie ontwikkelingsprogramme wat voortspruit uit hierdie Strategie.

¹⁶³ Vergelyk Human Resources Development Canada, Assessment of Employers' Results, Desember 2000, <http://info.load-otea.hrdc-drhc.gc.ca: 1-4>

¹⁶⁴ Menslike Hulpbronne Ontwikkelingstrategie, 23 April 2001, Minister van Arbeid, http://www.labour.gov.za/docs/sp/2001/apr/23_mdldlana1.htm

¹⁶⁵ Vhutsila is die woord gebruik deur die Minister van Arbeid om die *National Skills Development Strategy (NSDS)* te bevorder. Dit is 'n Venda woord met verskeie betekenisse wat eenvoudig die basiese konsep van vaardigheidsontwikkeling beskryf soos volg: *"The art of doing something well; The art or skill of making something; The art or skill of craftsmanship; Pride in the art or skill of doing something well."* – Uiteengesit in *Skilling SA, February 2001:1*

¹⁶⁶ Toespraak deur Minister van Arbeid tydens die lansering van die Menslike Hulpbronne Ontwikkelingstrategie, 23 April 2001.

http://www.labour.gov.za/docs/sp/2001/apr/23_mdldlana1.htm

Dit is duidelik dat beurse en opleidingskemas ter sprake is¹⁶⁷, welke doeltreffend deur die werkgewer aangewend kan word ten einde agtergeblewe werknemers se kapasiteit te verbeter en so 'n bevordering tot senior posisies in die werksplek te verseker as deel van 'n regstellende aksie program.

Vermelde Menslike Hulpbron Ontwikkelingstrategie moet egter saamgelees word met die Nasionale Vaardigheidsontwikkelingstrategie, wat op 22 Februarie 2001 ingelei is.¹⁶⁸ Die Nasionale Vaardigheidsontwikkelingstrategie voeg waarde by tot die strategiese doelwitte van die Menslike Hulpbron Strategie, maar fokus in besonder op die verskaffing van vaardighede en lewenslange leer. Bemagtiging van nie alleen die werknemer en werklose nie, maar ook die werkgewer in sy pogings om diensgelykheid te verseker, behoort 'n noodwendige gevolg te wees:

*"The Skills Strategy is concerned with the development of skills for economic growth. But it also addresses wider concerns in our society. The strategy is also to assist the unemployed and those who always find it difficult to get jobs, for example, people with disabilities...A new reporting and monitoring and evaluation system will be developed...so as to facilitate a systematic way to measure progress. The National Skills Authority will have to review these reports on a quarterly basis and make recommendations to me about progress and performance."*¹⁶⁹

Ekonomiese groei, as 'n belangrike mikpunt van vaardigheidsontwikkeling, moet egter sterk rekening hou met die bestaande besigheidsklimaat en insidente wat 'n spesifieke invloed mag uitoefen op bepaalde professies of industrieë. Dit kan byvoorbeeld gebeur dat die daling in verteenwoordiging van 'n bepaalde groepering in die werksplek verband hou met 'n algemene vermindering van beskikbare applikante soos gegenereer in die betrokke industrie. Vergelyk in hierdie verband industriële insinkings soos beleef in die Banksektor, Vervoer en Kommunikasie in Kanada.¹⁷⁰

In Suid-Afrika is die besigheidsklimaat egter gunstig gerapporteer in die Desember 2000 Kwartaallikse Bulletin van die Suid-Afrikaanse Reserwebank:

¹⁶⁷ Ibid, 2

¹⁶⁸ The National Skills Development Strategy, *Vhutsila Our Skills Development Strategy*, April 2001- March 2005, Departement of Labour.

¹⁶⁹ Toespraak van Minister van Arbeid tydens die "National Skills Conference", 22 Februarie 2001. <http://www.labour.gov.za/docs>

¹⁷⁰ Vergelyk *Human Resources Canada, The Business Climate for Industries Covered under the Act*, 1 Desember 2000. <http://info.load-otea.hrdc-drhc.gc.ca>: 1-5

"The South African economy generated considerable momentum in the third quarter of 2000. The strong growth in the second half of 1999...was largely restored in the third quarter. Stronger growth in manufacturing production resumed and real income in the agricultural sector rose vigorously...Growth in real gross domestic product approached 4% in the third quarter of 2000...considerably firmer than the average annualized growth...in the first half of 2000..."

"A favourable external environment, continued growth in domestic final spending, rising profitability and the availability of investable funds provided the incentives for the business sector to raise its capital expenditure further in the third quarter..."

"The surplus of the financial account of the balance of payments exceeded by a considerable margin the absolute value of the deficit on the current account, raising the country's international reserve holdings to their highest level ever...The foreign trade surplus as at December 2000 was a record R9 billion...The consumer inflation rate was 5,3 % in the year 2000, compared to 15,3 % in 1991".¹⁷¹

Binne bogaande verwysingsraamwerk, soos uiteengesit deur die Reserwebank, moet binne die regulatiewe bepalinge van artikel 22 van die *African Charter* verreken word:

- "1. All peoples shall have the right to their economic, social and cultural development with due regard to their freedom and identity and in the equal enjoyment of the common heritage of mankind.*
- 2. States shall have the duty, individually or collectively to ensure the exercise of the right to development." ¹⁷²*

¹⁷¹ Vergelyk Desember 2000 Kwartaallikse Bulleling van die Suid-Afrikaanse Reserwebank, soos aangehaal in die *"State of the Nation Address of the President of South Africa , National Assembly Chamber, Cape Town, February 9, 2001.*

¹⁷² Vergelyk ook artikel 1 (1) van die *United Nations Declaration on the Right to Development* waar die reg tot ontwikkeling soos volg geformuleer is:

"the right to development is an inalienable human right by virtue of which every human person and all peoples are entitled to participate in, contribute to, and enjoy economic, social, cultural, and political development, in which all human rights and fundamental freedoms can be fully realized."

Artikel 8(1) van die Deklarasie bepaal soos volg ten aansien van die verpligtinge van lidlande:

"States should undertake, at the national level, all necessary measures for the realization of the right to development and shall ensure, inter alia, equality of opportunity for all in their access to basic resources, education, health services, food, housing, employment, and the fair distribution of income. Effective measures should be undertaken to ensure that women have an active role in the development process. Appropriate economic and social reforms should be made with a view to eradicating all economic and social injustices."

Ten einde diensgelykheid binne die konteks van ekonomiese verwagtinge en die reg op ontwikkeling te verreken, is verskeie regeringsinisiatiewe van stapel gestuur. In alle gevalle behoort die vraag te figureer of daarin geslaag is om ontwikkeling en opheffing binne 'n veilige fiskale en makro ekonomiese raamwerk te bewerkstellig:

- Die *Reconstruction and Development Programme (RDP)* het ten doel die daarstel van 'n sterk, dinamiese en gebalanseerde ekonomie ten einde aan die volgende verwagtinge te voldoen:
 - *"Eliminate poverty, low wages and extreme inequalities in wages and wealth generated by the apartheid system, and to meet basic needs to ensure that every South African has a decent living standard and economic security;*
 - *Develop the human resource capacity of all South Africans so that the economy achieves high skills and wages;*
 - *Ensure that no one suffers racial or gender discrimination in hiring, promotion or training situations;*
 - *Address economic imbalances and structural problems in industry, trade, commerce, mining, agriculture, finance and labour markets;*
 - *Democratize the economy by encouraging broader participation in decisions;*
 - *Address economic imbalances and uneven development within and between the regions in South Africa;*
 - *Create productive employment opportunities at a living wage for all South Africans;*
 - *Develop a prosperous and balanced regional economy in Southern Africa based on the principles of equality and mutual benefit;*
 - *Integrate into the world economy."*¹⁷³
- Die "GEAR (Growth, Employment, And Redistribution)" - Strategie is 'n ekonomiese hervormingsprogram wat gerig is op:
 - "a competitive fast growing economy which creates sufficient jobs for all job seekers;
 - a redistribution of income and opportunities in favour of the poor;
 - a society capable of ensuring that sound health, education and other services are available to all; and

¹⁷³ Dlamini, soos aangehaal deur die Departement van Justisie 2001. <http://www.doj.gov.za/docs/policy.html>. Vergelyk ook die RDP Fund Act, 1994 (Act 7 of 1994).

- an environment in which homes are safe and places of work are productive"¹⁷⁴
- Die *National Development Agency (NDA)*: is 'n liggaam wat belas is met die maak van beplande finansiële toekennings, beleidsontwikkeling en navorsing ten einde die gemeenskap en organisasies in die gemeenskap te ondersteun in hulle pogings ten aansien van ontwikkeling, die aanspreek van armoede en die bevordering van demokrasie in Suid-Afrika.¹⁷⁵
- Die *Centre for Small Business Promotion (CSBP)* het ten doel om die implementering, monitering en evaluering van die effektiwiteit van die Nasionale Klein Besigheid Strategie te verseker. Die "*Department of Trade Industry*" is die verantwoordelike departement vir hierdie program.¹⁷⁶

Ten opsigte van *Plaaslike Regering* is daar ook verskeie inisiatiewe geloods ten einde diensgelykheid te bevorder binne die raamwerk van die Grondwet en die sosiale, ekonomiese en materiële behoeftes van die gemeenskap. Die *White Paper on Local Government 1998* het 'n kardinale rol gespeel in die konsultasieproses rondom uiterse ongelykhede in die plaaslike regerings en sy onderskeie werksplekke as voorloper tot die *Local Government: Municipal Structures Amendment Aact, No. 33 of 2000*, die *Local Government: Municipal Systems Act, No. 32 of 2000*, en die *Local Government: Cross-boundary Municipalities Act, No. 29 of 2000*. Die daarstelling van die *Municipal Infrastructure Programme (MIP)* het ook tot hierdie effek 1,3 biljoen Rand vir die 1995/6 finansiële jaar ontvang ten einde werkloosheid, vaardigheidsontwikkeling en verbandhoudende ongelykhede aan te spreek binne die betrokke provinsies.¹⁷⁷

Betreffende *diensdiskriminasie ten aansien van persone met gestremdhede*, het die "*Office on the Status of Disabled Persons (OSDP)*" in samewerking met die

¹⁷⁴ Vergelyk die uiteensetting van die Departement van Justisie, <http://www.doj.gov.za/docs/policy.html>

¹⁷⁵ Vergelyk die *National Development Agency Bill 1996* en die skakeling met die *National Skills Development Strategy 2001*.

¹⁷⁶ Vergelyk die *White Paper on the National Strategy for the Development and Promotion of Small Business (1995)*. Sleutelagentskappe wat daargestel is in die implementering van hierdie institusionele raamwerk sluit in *Khula Enterprise Finance Limited (Khula)*, *Ntsika Enterprise Promotion Agency (Ntsika)*, *The National Small Business Council (NSBC)*. Vergelyk die uiteensetting van ondersteuningsprogramme wat klein, medium en mikro ondernemings (SMME's) benodig soos gedoen deur die Departement van Justisie – <http://www.doj.gov.za/docx/policy/afr-charter03a.html>

¹⁷⁷ Vergelyk die grondwetlike verbintenisse vervat in Hoofstuk 7 van die Grondwet van Suid-Afrika, die *White Paper on Local Government 1998* soos gepromulgeer deur die Departement van Grondwetlike Ontwikkeling en die *Municipal Infrastructure Investment Framework (MIIF)* wat die riglyne soos vervat in die *Green Paper on Human Resources Development* ondersteun en wyd gekommunikeer het na alle belangegroepe in die land.

Departement van Welsyn c en monitering van die *National Disability Strategy* gefasiliteer. Hierdie strategie spreek duidelik die verwagting van redelike akkommodasie in die werksplek aan, alhoewel die beginsels vervat in hierdie strategie tot op hede nie in eiesoortige wetgewing (uitgesluit die *Employment Equity Act* en die *Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act*) vervat is nie.¹⁷⁸

Ten aansien van *bejaarde persone* is daar wel algemene diskriminasieverbiedinge ingestel deur die *Aged Persons Act, 1967*, soos *gewysig*, maar word diensdiskriminasie op grond van ouderdom nie eiesoortig in afsonderlike wetgewing gereguleer tot op hede nie.

As 'n nasionale opheffingspoging, streef die Nasionale Vaardigheidsontwikkeling Strategie daarna om mannekrag te bemagtig ten einde aan die ekonomiese verwagtinge in die land en spesifiek in die werksplek te voldoen. Die gelykheidsdoelwitte, soos geformuleer in hierdie Strategie, mag 'n invloed uitoefen op die werkgewer se formulering van besigheidsnoodsaak in die werksplek, deurdat 'n geïsoleerde besigheidsfokus (wat nie versoenbaar is met die gelykheidsdoelwitte vervat in die Strategie nie) nie 'n verweer van besigheidsnoodsaak sal ondersteun nie. Die oorhoofse gelykheidsdoelwitte van die Strategie is soos volg geformuleer:

- “
- (i) *to achieve an improvement in the UNDP Human Development Index for South Africa, as a result of improvements to the social infrastructure;*
 - (ii) *to reduce disparities between the rich and the poor, reflected in an improved “Gini co-efficient” rating;*
 - (iii) *to improve the country's position in the International Competitiveness League;*
 - (iv) *to improve the foundations for human development;*
 - (v) *to improve the supply of high quality skills, especially scarce skills, which are more responsible to social and economic needs;*
 - (vi) *to increase employer participation in lifelong learning;*
 - (vii) *to support employment growth through industrial policies, innovation, research and development;*
 - (viii) *increasing participation in adult education;*
 - (ix) *promote learning in areas of scarce skills through incentives to institutions, study bursaries and learnerships;*

¹⁷⁸ Vergelyk die uiteensetting van projekte deur die Departement van Justisie – <http://www.doj.gov.za/docx/policy/afr-charter03a.html>

(x) *recruite foreign skilled workers, where necessary, in the short term.”*¹⁷⁹

Die rol van die werkgewer ten aansien van diensgelykheid word egter verder pertinent soos volg gedefinieer:

“Employers need to signal their skills needs, and undertake their own training in support of these. This requires the following:

- *“the commitment of public sector employers to education and training in support of service delivery;*
- *the commitment of all employers to the National Skills Development Strategy, including the payment of levies to a SETA, the implementation of Workplace Skills Plans, and creating opportunities for learnerships;*
- *the development of specific skills for small businesses (SMME's);*
- *the development of skills for social development.*

Employment growth must be supported by industrial policies of innovation, research and development. These will be achieved by:

- *identifying and supporting economic sectors with growth and employment potential;*
- *increasing research and development through targeted support by Science Councils;*
- *increasing the number of ‘Science – Industry partnerships’.”*¹⁸⁰

Die instelling van 'n beursskema as deel van die Strategie behoort deur werkgewers verwelkom te word, maar daar kan inderdaad gevra word hoe dit gaan aansluit by die bestaande vaardigheidsontwikkelingswetgewing waarvolgens reeds miljoene rande vir die staatskas deur middel van die vaardigheidsheffings van maatskappy ingesamel word.¹⁸¹ Heffings op maatskappy se salaris- en loonrekening is nie noodwendig 'n aanmoediging om meer mense in diens te neem nie, en kan die versoenbaarheid met die aanverwante doelwit van werkskepping inderdaad bevraagteken word. Tog, die doelwit om, onder meer, maatskaplike infrastruktuur te verbeter en om ongelykheid

¹⁷⁹ Nasionale Menslike Hulpbron Strategie, Parlementsopening 2001, 13 Februarie 2001: 1-3

¹⁸⁰ Ibid: 4-5

¹⁸¹ Vergelyk Leuvenink J, 2001. *Amptenare uiteindelik hartlik siek van gesels*. In En Om Die Sakewêreld – VOLKSBLAD: 1 Mei 2001, waarin ook berrig word dat die heffing reeds vir die lopende boekjaar van 0,5% tot 1% van maatskappy se salaries- en loonrekenings opgestoot is.

(soos gemeet deur die internasionaal aanvaarde Gini-koëffisient) te verminder, bly egter duidelik in lyn met die grondwetlike beginsel van demokratisering en hervorming.

In samehang met die vermelde nasionale diensgelykheidsprioriteit van ekonomiese bemagtiging, moet die *"Preferential Policy Framework Act, 2000"* bestudeer word. Hierdie wet maak voorsiening vir 'n puntstelsel ten einde bevoordeling te verseker vir 'n tenderaar gebaseer op die persentasie eienaarskap of aandele wat histories benadeelde persone het in die tender maatskappy.¹⁸² Die beginsel van swart bemagtiging in die werksplek, soos gereguleer deur hierdie Wet, spruit voort uit artikel 217(2-3) van die Grondwet van Suid-Afrika:

- "(2) Subsection (1) does not prevent the organs of state or institutions referred to in that subsection from implementing a procurement policy providing for –*
- (a) categories of preference in the allocation of contracts; and*
 - (b) the protection or advancement of persons, or categories of persons, disadvantaged by unfair discrimination.*
- (3) National legislation must prescribe a framework within which the policy referred to in subsection (2) may be implemented."*

In die uitvoering van bogenemde Wet moet ook die *White Paper on the National Strategy for the Development and Promotion of Small Business in South Africa 2001* gelees word. Uit hierdie Strategie blyk dit duidelik dat die sukses van SMMEs (Small, medium and micro-enterprises) geleë is in die verkryging van kontrakte van staatsorgane, "parastatals" en die groter kommersiële maatskappye. Hierdie gelykheidsinisiatief raak dus 'n groot groepering van werksplekke in Suid-Afrika, en word die beginsel van "gelyke geleentheid" duidelik uitgestip soos volg:

*"One of the principles outlined in this draft is 'Access to marketing and procurement' where public sector and parastatal tender authorities are encouraged to simplify their tender procedures to make it easier for small enterprises to compete, eliminate gender bias and adjust procurement practices to facilitate the granting of some proportion of contracts to black owned or controlled enterprises."*¹⁸³

¹⁸² Vergelyk die voorwoord tot *"Preferential Policy Framework Act 2000"*, soos gepromulgeer op 1 September 2000.

¹⁸³ The White paper on the National Strategy for the Development and Promotion of Small Business in South Africa 2000, ss 4.4.5 – 4.4.4.

Dit is duidelik dat “tokenisme en window-dressing” nie sal slaag onder bovermelde wet nie, aangesien voorkeerpunte vir gelykheids-eienaarskap nie verskaf sal word aan die tenderaar nie, indien die historiese benadeelde individuele in die organisasie (wat ‘n persentasie van die besigheid mag of ‘n persentasie van aandele in die besigheid mag besit) nie ook aktief betrokke is in die bestuur en daaglikse bedryf van die besigheid nie.¹⁸⁴ Opsies wat deur werkgewers wat sy tendersuksesse wil verbeter, oorweeg kan word, sal kan insluit:

- Die opstel en indiening van ‘n tender in samewerking met ‘n verteenwoordigende tenderaar;
- Registrasie by ‘n geakkrediteerde besigheid skakelingsliggaam. Voorbeelde van sulke liggame is:
 - Business Opportunities Network (BON);
 - Business Opportunities Centre (BOC);
 - Clotex in die kleding- en tekstiel sektor;
 - CITI in die informasie tegnologie sektor.¹⁸⁵

‘n Verdere faktor waarmee deeglik rekening gehou moet word, is die bemagtigingsgedagte vervleg in die “*African Renaissance Programme*”.¹⁸⁶ Die “*raison de ‘etre*” vir die Afrika Renaissance is geleë in die behoefte om die mense van Afrika te bemagtig en te bevry van die koloniale regspraktyke, en verder om hulself te posisioneer binne ‘n globale netwerk as gelyke en gerespekteerde deelnemers en bevoorreedes van die suksesse van die menslike beskawing.¹⁸⁷

Die klem op ontwikkeling, ekonomiese groei en volhouding staan sentraal in hierdie inisiatief, soos ook blyk uit die belange-areas uitgestip deur die Departement van Justisie:

- “*political renewal and the stabilization of the African continent*;
- *Human Right of vulnerable groups*;

¹⁸⁴ Levy A, 2001: 9 (1:3)

¹⁸⁵ Ibid: 4

¹⁸⁶ Vergelyk die African Renaissance and International Co-operation Fund Act, No. 51 of 2000.

¹⁸⁷ Vergelyk Dlamini soos aangehaal deur die Departement van Justisie 2001. <http://www.doj.gov.za/docs/policy.html>: “*The...Programme of Action includes consultations with and mobilisation of pertinent partners and institutions on the African Continent such as SADC and the OAU. Consultations will also include the mobilization of the international community. Some of the international organizations that will be targeted include the United Nations, World Bank, International Monetary Fund (IMF), World Trade Organisation, International Labour Organisation (ILO), the Non-Aligned Movement (NAM), the European Union (EU). Civil society will be encouraged and inspired to organize conferences, seminars, consultations and workshops on all aspects which are pertinent to the renewal of the African continent.*”

- *Sustainable economic development;*
- *Human resources development and intellectual exchange programmes of African foreign students;*
- *Technical innovation, development and research;*
- *African Telecommunications Development Strategy;*
- *Environmental Resource Management, Water and Forestry; and*
- *Regional Strategies on Food Security, Tourism and the Combatting of HIV/AIDS”.¹⁸⁸*

Dit volg aldus uit bogaande dat die werkgewer institusionele beplanningsdokumente moet formuleer ten einde aan die doelwitte van die Nasionale Vaardigheidsontwikkeling Strategie te voldoen. Verslaggewing in die departement moet gevolglik nie alleen hierdie beplanning van die werkgewer uitstip nie, maar ook die doeltreffendheid vir die kommersiële mark. Die sogenaamde “skills levy” verseker dat werkgewers begroot vir opleiding en daadwerklike pogings aanwend om opleiding aan werknemers te bied. Dit is egter noodsaaklik dat ‘n nouer verband tussen gelykheidsverslaggewing in ooreenstemming met die *Employment Equity Act (Act 55 of 1998)* en verslaggewing in ooreenstemming met die *Skills General and Further Education and Training Quality Assurance Bill, 2001*, die *Adult Basic Education and Training Act 2000*¹⁸⁹, die *Skills Development Act (Act 97 of 1998)* en die *Skills Development Levies Act*¹⁹⁰ ondersoek word. Indien opleiding naamlik gekoppel word aan ‘n mannekrag ontwikkelingsplan in die werksplek, behoort die bereiking van gelykheidsdoelwitte in die werksplek makliker moniteerbaar te word. Gegee die inhoud en doel van die Nasionale Vaardigheidsontwikkeling Strategie van die Regering, kan dit myns insiens geantisipeer word dat sterk fokus juis geplaas sal word op die bevordering van persone vanuit voorheen benadeelde groeperinge ten einde beter posisies in die werksplek te kan beklee.

5. DIE REKRUTERINGSDILEMMA EN BEHOUD VAN WERKNEMERS VANUIT VOORHEEN BENADEELDE GROEPERINGE

Dit is duidelik uit die Departement van Arbeid se diensgelykheidsverslag van 2000 dat

¹⁸⁸ Vergelyk die uiteensetting van die Departement van Justisie 2001. <http://www.doj.gov.za/docs/policy.html>.

¹⁸⁹ Adult Basic Education and Training Act, Act No. 52 of 2000. Sien Preamble en Artikel 35 ten aansien van die verskaf van inligting.

¹⁹⁰ Skills Development Levies Act, No. 9 of 1999. In terme van die *Skills Development Levies Act* word alle werkgewers met ‘n salarisrol bo R250 K per jaar verplig om ‘n “skills levy” van 0,5 % op die maandelikse salarisrol te betaal, met aanvang 1 April 2000. Hierdie bedrag is verdubbel op 1 April 2001. Vergelyk Levy A, 2001: 9 (1:2)

werkgewers probleme ervaar om geskikte kandidate te rekruteer. Dit is veral in gespesialiseerde rigtings, bv. in Ingenieurswese en Hoër Onderwys, waar hierdie dilemma voorkom.¹⁹¹ Op hierdie stadium het daar nog geen regeringshulpmiddele te voorskyn gekom om hierdie probleem die hoof te bied nie, en is daar ook geen databasis in Suid-Afrika beskikbaar waarin uiteengesit is welke pogings werkgewers aangewend het om hierdie probleem suksesvol aan te spreek nie. Indien daar egter na die Kanadese eweknie gekyk word, word 'n verskeidenheid van kwalitatiewe maatreëls gevind wat deur werkgewers aangewend kan word ten einde persone van voorheen benadeelde groeperinge te werf (rekrut) en te behou.

Die departement van *Human Resources Development Canada* dokumenteer naamlik dat werkgewers in Kanada rekruteringspogings dramaties aangepas het ten einde persone van voorheen benadeelde groeperinge te werf en dat die daarstelling van 'n werksomgewing wat gefokus is daarop om sodanige persone te behou suksesvol tot uitvoer gebring is.¹⁹² Die daarstelling van 'n rekruteringsinstelling om deur middel van die Internet geskikte applikante van voorheen benadeelde groeperinge te werf word suksesvol gebruik:

*"...among recruitment techniques, Emery Worldwide is seeking referrals from current female and minority employees who may know of people who would be suitable employees even though they are not currently in the workforce. The company finds that this practice makes the pool of applicants more diverse. For most employers, attracting members of the four designated groups has involved contacting organizations outside the workplace. Some employers have used the services of an agency for staffing, indicating that equitable representation of designated groups among candidates was a priority."*¹⁹³

Die gebruik van Internet verseker ook gelyke geleenthede, met 'n diverse poel van applikante as 'n gevolg:

"It is interesting to note that the Internet is being used increasingly...to attract applicants, and the diversity of these applicants is very wide... Since the onus is

¹⁹¹ Vergelyk statistiek soos uiteengesit in die Departement van Arbeid se Diensgelykheidsregister, 2000: <http://www.labour.gov.za/docs/sp/2000/sp1002.html>

¹⁹² Vergelyk *Human Resources Development Canada, Qualitative measures undertaken by employers*, 1 Desember 2000, <http://info.load-otea.hrhc-drhc.gc.ca: 1-8>

¹⁹³ Ibid: 2

*on the individual to apply, rather than to be known by others, this recruitment vehicle provides a 'level playing field' for all applicants with initiative."*¹⁹⁴

Toegepas op die Suid-Afrikaanse scenario behoort bogaande uitgangspunt met sorg geuiter te word. Dit is naamlik die onbetwiste situasie dat persone vanuit die voorheen benadeelde groeperinge (in die lae inkomste groepering) dikwels nie oor enige Internet fasiliteite beskik nie, en gevolglik nie bereik sal word deur hierdie vorm van rekrutering nie. Die vlak waarop die aanstelling gemaak sal word en die verwagte kennisveld van die betrokke applikante behoort hier die deurslag te gee.

Alternatiewelik kan werkgewers hulle eie rekruteringspogings van stapel stuur deur byvoorbeeld 'n lys van organisasies in stand te hou wat bystand kan verleen in die voorsiening van applikante vanuit voorheen benadeelde groeperinge:

*"These employers send notices of employment opportunities to these organizations to encourage people from designated groups to apply for positions. Employers who were particularly satisfied with the relationships which they had developed with such organizations mentioned that they had actively fostered these contacts. These employers periodically reviewed and updated their list of organizations and met with representatives to explain their work situation and the kind of staff they were trying to recruit. Many offered tours of their facilities. These efforts were aimed at ensuring that the organizations understood their requirements and were able to recommend applicants who were better suited to the jobs available."*¹⁹⁵

'n Verdere strategie wat suksesvol gebruik word, is die lok van jeugdige kandidate. Skoolbesoeke, of selfs besoeke aan hoër onderwys instellings kan met groot vrug hier gebruik word:

*"...Some employers are meeting with success by going to schools to tell students about the opportunities available within their workforce and within their industry. These visits are intended to promote the company as an employer of choice and to make students more aware of the academic and other training requirements of occupations that they might otherwise not have considered."*¹⁹⁶

¹⁹⁴ Vergelyk die standpunt van Ontario Hydro soos aangehaal in *Human Resources Development Canada, Qualitative measures undertaken by employers*, 1 Desember 2000, <http://info.load-otea.hrdc-drhc.gc.ca:4>

¹⁹⁵ Vergelyk *Human Resources Development Canada, Qualitative measures undertaken by employers*, 1 Desember 2000, <http://info.load-otea.hrdc-drhc.gc.ca:2>

¹⁹⁶ Ibid: 2-3

Dit is noodsaaklik dat, in gevalle waar persone wat geen werkservaring sou hê nie, streng en omvattende indiensopleidingsprogramme in die lewe geroep word ten einde sukses in dienslewering te verseker.

'n Verdere tegniek wat werkgewers behoort te gebruik, welke ook nou aansluit by die Suid-Afrikaanse wetlike verpligting, is om inherente werksvereistes te hersien. Dit moet naamlik verseker word dat die werkgewer nie onbillik diskrimineer deur diensvereistes so hoog te stel dat dit geskikte kandidate afskrik, terwyl die vereiste nie 'n noodsaaklikheid is om die diens te kan verrig nie. Vergelyk in hierdie verband die wysiging in toelatingskriteria soos daargestel deur die maatskappy *Brink* in Kanada:

*"Brink's stated that the firearms which its personnel had been carrying had a strong recoil. This tended to prevent many candidates from passing the entrance requirements. Accordingly, Brink's changed the entrance requirements to allow modified firearms and ammunition with less recoil. Effectively, this removed barriers to candidates with slighter builds, thus opening the field to women."*¹⁹⁷

Die belangrikheid van 'n fleksie-benadering in die werksomgewing moet ook nie onderskat word deur werkgewers nie. Fleksietyd en fleksieplek is byvoorbeeld begrippe wat, indien prakties vergestalt in werkspraktyke, dit moontlik maak vir werknemers met jong kinders om 'n sinvolle bydrae tot die werksplek te lewer. Op 'n soortgelyke basis kan maatreëls waarvolgens ruimte geskep word vir die viering van kulturele en/of godsdienstige plegtighede 'n ondersteunende werksomgewing skep. Vergelyk in hierdie verband die sukses van *WestJet* in Kanada:

*"Due to the fact that WestJet is a 24-hour, seven-days per week operation, flexible hours can often be incorporated into employee work schedules. It is felt that this will accommodate individual employees' needs, whether they are religious, cultural or family-related."*¹⁹⁸

Betreffende die behoud van werknemers vanuit voorheen benadeelde groeperinge, is mentorskap en netwerking van kardinale belang. Hierdeur word nie alleen gelykheid in die werksplek bevorder nie, maar word die kwessie van diversiteit ook aangespreek. Vergelyk die posisie van *Air Canada* in hierdie verband :

¹⁹⁷ Ibid: 5

¹⁹⁸ Vergelyk *WestJet*, soos aangehaal in *Human Resources Development Canada, Qualitative measures undertaken by employers*, 1 Desember 2000, <http://info.load-otea.hrdc-drhc.gc.ca:5>

*"Air Canada indicated that mentoring of new employees is an effective measure, and that it also fosters sensitivity to diversity issues throughout the workforce. Mentoring can also serve other purposes. It can help designated group members to feel that they are an important part of the employer's workforce, and to form links with more experienced employees. Mentoring also ensures that new employees understand the 'unwritten rules' of the workplace. Knowing these rules can greatly increase the job satisfaction of new employees who are also designated group members, and it can help them become candidates for promotion."*¹⁹⁹

Voortvloeiend uit goeie opleidingsprogramme, behoort bevorderingsgeleenthede vir persone vanuit benadeelde groeperinge 'n sterk rol te speel in die behoud van sodanige werknemers. Voorskrifte betreffende bevordering moet eerlik ondersoek word deur werkgewers ten einde te verseker dat indirekte diskriminasie of onbillike struikelblokke nie verhoed dat persone vanuit voorheen benadeelde groeperinge kwalifiseer vir bevordering nie.

*"In some cases, removing barriers to advancement may involve allowing some flexibility in how employees gain the experience they need to move to higher level positions. At Canadian Press, for example, employees must have worked in several locations before becoming eligible for promotion. However, Canadian Press found that the requirement for employees to relocate often had the effect of screening out designated group members. Canadian Press is now considering temporary postings to its various offices – positions which do not require relocation – as sufficient for employees to qualify for promotion."*²⁰⁰

Konsultasie met werknemer verteenwoordigers rakende gelykheidsaangeleenthede is nie alleen 'n saak wat deur wetgewing vereis word nie²⁰¹, maar kan ook suksesvol gebruik word as 'n rekruteringshulpmiddel ten einde kandidate vanuit voorheen benadeelde groeperinge te lok of te behou. Gegee die feit dat vakbonde in Suid-Afrika gewoonlik nasionaal gevorm word, en nie noodwendig in 'n enkele werksplek gelokaliseer is nie, behoort wye blootstelling van 'n beskikbare pos te geskied. Deurdat die bestaande wetgewing egter nie onderhandeling met vakbonde vereis nie²⁰², word 'n

¹⁹⁹ Vergelyk *Human Resources Development Canada, Qualitative measures undertaken by employers*, 1 Desember 2000, <http://info.load-otea.hrdc-drhc.gc.ca:6>

²⁰⁰ Ibid: 6

²⁰¹ Vergelyk die Wet op Arbeidsverhoudinge 1995.

²⁰² Die *Employment Equity Act* vereis slegs konsultasie met die vakbond of werknemersverteenwoordigers ten aansien van die diensgelykheidsplan van die werkgever. Vergelyk die konsultasie verpligtinge van die werkgever soos uiteengesit in artikel 16 van die

groot mate van goedgelowigheid aan die werkgewer se handeling gekoppel en bly monitoring van diensgelykheid vanuit die werknemersgeledere beperk. Hierdie bekommernis was reeds in Maart 1998 geuite deur COSATU:

*"There is no effective mechanism to compel negotiation with workers, and to ensure that employers don't render the provisions of the Bill ineffective. Thus while the broad philosophy and strategy of the Bill on this point tilts in the right direction, it needs substantial sharpening to ensure that its provisions are not systematically undermined."*²⁰³

Die formaat van konsultasie kan wissel afhangende die verhouding wat die werkgewer met sy vakbond het.²⁰⁴ Die gebruik van 'n gesamentlike komitee word egter as suksesvol ervaar in die praktyk, gegee die verpligte verbintenisse tot besluitneming wat hieruit voortspruit.²⁰⁵

6. INTERNASIONALE VOLDOENING

Die Handves van Menseregte, soos vervat in die Grondwet van Suid-Afrika, asook ander Suid-Afrikaanse Wetgewing voortspruitend uit grondwetlike regte en verpligtinge, was onder meer 'n uitvloeisel van internasionale verpligtinge soos vervat in Internasionale Konvensies en Verdrae. Ten einde te kan beoordeel of die Gelykheidswetgewing in Suid-Afrika inderdaad die beginsels en waardes soos vervat in die Suid-Afrikaanse Grondwet²⁰⁶ genoegsaam ondersteun, is 'n verwysing na betrokke internasionale instrumente gepas.

Wet, die regte van werknemers soos uiteengesit in artikel 51 van die Wet en die moniteringsverantwoordelikhede van vakbonde soos uiteengesit in artikel 34 van die Wet.

²⁰³ Cosatu Parliamentary Submission: Employment Equity Bill, 5 Maart 1998: 3. <http://www.cosatu.org.za/docs/1998/empequity.htm>

²⁰⁴ Die Wet op Arbeidsverhoudinge maak byvoorbeeld voorsiening vir 'n Werksplekforum waar hierdie aangeleenthede gekonsulteer behoort te word, terwyl die Hoër Onderwys Wet voorsiening maak vir 'n Institusionele Forum waardeur die Raad van die betrokke Hoër Onderwys Instelling met advies bedien moet word rondom senior aanstellings en bevorderings.

²⁰⁵ Vergelyk in hierdie verband die situasie aan die Technikon Vrystaat waar aangeleenthede rondom Arbeidsverhoudinge by wyse van gesamentlike besluitneming (joint decisionmaking) deur die Bestuur en verteenwoordigende vakbonde in 'n Institusionele komitee ten aansien van Arbeidsverhoudinge besleg word. Gelykheidsplanne en vorderingsverslae word ook in samewerking met vakbonde hanteer deur die institusionele Gelykheidskomitee van die instelling, as 'n finale adviesliggaam tot die Rektor. Vergelyk ook verder die situasie in *Air Canada*, (soos uiteengesit in *Human Resources Development Canada, Qualitative measures undertaken by employers*, 1 Desember 2000, <http://info.load-otea.hrhc-drhc.gc.ca:7-8>) waar vakbonde uitgenooi is om die maatskappy se drie jaar aksie plan rondom gelykheid te bespreek.

²⁰⁶ Vergelyk onder andere artikel 9 van die Grondwet ten aansien van gelykheid, en artikel 10 ten aansien van menswaardigheid.

6.1. UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS

Die “*Universal Declaration of Human Rights*” (1948) kan beskou word as die “*Magna Carta of the world*”, wat verwys nie alleen na die tradisionele siviele en politieke regte van individue nie, maar wat ook bepalinge rakende die ekonomie, sosiale en kulturele regte bevat.²⁰⁷ Hierdie Deklarasie bevat nie ‘n bepaling wat die afdwinging van die beginsels verseker nie, en word dit algemeen aanvaar dat dit nie regstegnies bindend is op lidstate nie. Die Deklarasie het egter deel geword van internasionale gewoontereg, en kan aldus dien as ‘n belangrike dokument wanneer die menseregte handves van ‘n lidland beoordeel word.

Artikel 7 van die Deklarasie bepaal dat: “*All are equal before the law and are entitled without any discrimination to equal protection of the law. All are entitled to equal protection against any discrimination in violation of this Declaration and against any incitement to such discrimination.*”

Artikel 23 van die Deklarasie reguleer gelykheid in die werksplek, en bepaal dat:

- (i) *Everyone has the right to work, to free choice of employment, to just and favourable conditions of work and to protection against unemployment.*
- (ii) *Everyone, without any discrimination, has the right to equal pay for equal work.*
- (iii) *Everyone who works has the right to just and favourable remuneration ensuring for himself and his family an existence worthy of human dignity, and supplemented, if necessary, by other means of social protection.*
- (iv) *Everyone has the right to form and to join trade unions for the protection of his interests.*

Alhoewel die geestes van bogenelde regulasies wel vervat word in die Suid-Afrikaanse grondwet en gelykheidswetgewing, veroorsaak finansiële oorwegings dat uitvoering nie aan kardinale aspekte verskaf kan word nie. Versekering teen werkloosheid word byvoorbeeld tans nie nasionaal gedryf nie, en word “financial social protection” beperk tot besoldiging te wyte aan werksongeskiktheid en/of pensioen.²⁰⁸

²⁰⁷ Brownlie I, 1983: 250

²⁰⁸ Vergelyk egter ook die *Unemployment Insurance Contributions Act, 2001*, asook die *Unemployment Insurance Bill 2001*, waar voorsiening gemaak word vir die daargestelling van ‘n werkloosheid versekeringsfonds waartoe werkgewers en werknemers kan bydrae, en waardeur voordele bekom kan word vir werknemers wat werkloos raak, met die doel om die ekonomiese en sosiale nadele verbonde aan werkloosheid te bekamp. Hierdie Konsepwet is egter nie van toepassing op los werkers, huishoudelike werkers, seisoenale werkers, nasionale en provinsiale staatsdienswerkers en ander leerkontrakwerkers nie. Dit is aldus onseker of persone wat juis sukkel om ‘n permanente werk te bekom, en die grootste gedeelte van die werkloosheidsyfer in

6.2. INTERNATIONAL COVENANT ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS (1966) & INTERNATIONAL COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS (1966)

Die Verenigde Nasies het, na afloop van die aanvaarding van die Universele Deklarasie 'n dokument met 'n stewige regsbasis geformuleer, ten einde voorsiening te maak vir die afdwingbaarheid van universele beginsels. Hierdie dokument, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, tesame met die *International Covenant on Civil and Political Rights* en die Universele Deklarasie, word beskou as die "International Bill of Rights".²⁰⁹ Suid-Afrika het *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* onderteken op 3 Oktober 1994. Die *International Covenant on Civil and Political Rights* is deur Suid-Afrika onderteken op 3 Oktober 1994.²¹⁰ Die inhoud van die twee *Covenants* is soortgelyk aan die beginsels vervat in die Universele Deklarasie. Sommige aspekte van die *Covenants* was bygevoeg ten einde die politieke en ander magte van die tyd te reflekteer, byvoorbeeld die reg van persone tot selfdeterminasie:

*"The first article in both covenants emphasizes the right of peoples to self-determination. During the discussions in the General Assembly the question was raised whether self-determination was a legal right or a political principle. The conclusion was that it was a human right although clearly it is only relevant when individuals act collectively."*²¹¹

Artikel 1 van die *Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR)*, bepaal gevolglik dat: *"All peoples have the right of self-determination. By virtue of that right they*

die land uitmaak, bevoordeel sal word deur hierdie Konsepwet. Artikel 3 van die Konsepwet bepaal naamlik soos volg:

"(1) This Act applies to all employers and employees, other than –

- (a) employees employed for less than 24 hours a month with a particular employer, and their employers;*
- (b) employees who receive remuneration under a learnership agreement registered in terms of the Skills Development Act, 1998 (Act No. 97 of 1998), and their employers;*
- (c) employers and employees in the national and provincial spheres of government;*
- (d) persons who enter the Republic for the purpose of carrying out a contract of service, apprenticeship or learnership within the Republic if upon the termination thereof the employer is required by law or by the contract of agreement or undertaking, to repatriate that person, or that person is so required to leave the Republic, and their employers; and*
- (e) domestic and seasonal workers and their employers."*

²⁰⁹ Brownlie I, 1983: 257

²¹⁰ Vergelyk die uiteensetting van die Departement van Justisie 2001. <http://www.doj.gov.za/docs/policy.html>

²¹¹ Ibid.

*freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development.*²¹²

Binne die gedagte van selfbeskikking, moet die diensgelykheidskriteria vertolk word, en bepaal artikel 7 van die CESCRR soos volg:

"The State Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to the enjoyment of just and favourable conditions of work which ensure, in particular:

- a. remuneration which provides all workers, as a minimum, with:*
 - (i) fair wages and equal remuneration for work of equal value without distinction of any kind, in particular women being guaranteed conditions of work not inferior to those enjoyed by men, with equal pay for equal work;*
 - (ii) a decent living for themselves and their families in accordance with the provisions of the present Covenant:*
- b. safe and healthy working conditions;*
- c. equal opportunity for everyone to be promoted in his employment to an appropriate higher level, subject to no considerations other than those of seniority and competence;*
- d. rest, leisure and reasonable limitation of working hours and periodic holidays with pay, as well a remuneration for public holidays."*²¹³

Die Wet op Basiese Diensvoorwaardes²¹⁴ in Suid-Afrika het reeds verskeie van bogemelde aspekte verreken, bv. werksure, verlof, besoldiging op publieke vakansiedae, ens. Diensveiligheid word deur die Wet op Beroepsgesondheid en Veiligheid²¹⁵ hanteer, terwyl gelyke besoldiging indirek aangespreek word deur die *Employment Equity Act*. Spesifieke wetgewende maatreëls ten einde die bevordering van geslagsgelykheid te verseker, ontbreek egter in Suid-Afrika, en word aan die hand gedoen dat 'n spesifieke Wet op Geslagsgelykheid gepromulgeer word om hierdie dilemma aan te spreek.

²¹² CESCRR, 1996: Artikel 1.

²¹³ Verwys ook na artikel 6 wat die reg om te werk uiteensit, asook artikel 10 wat spesiale beskerming aan moeders uiteensit ten aansien van gesinsverantwoordelikhede en swangerskap.

²¹⁴ Vergelyk ook wysigings daargestel deur die *Labour Relations Amendment Act, No. 127 of 1998*.

²¹⁵ Wet 85 van 1993.

Die gelykheid van individue voor die reg, asook die reg op gelyke beskerming deur die reg sonder enige diskriminasie word soortgelyk gereguleer deur artikel 26 van die *International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)*:

"In this respect, the law shall prohibit any discrimination and guarantee to all persons equal and effective protection against discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status."

Die Suid-Afrikaanse Grondwet, asook nasionale gelykheidswetgewing, erken meeste van vermelde diskriminasie gronde eksplisiet, uitgesluit *"property"* en *"birth"*. Die fokus van hierdie nasionale instrument is die politieke en siviele vryheid van individue. Erkenning van menswaardigheid en die gelyke regte van alle mense is egter die fondasie vir individuele vryheid, geregtigheid en vrede in die wêreld. Erkenning van menswaardigheid en die gelyke regte van alle mense maak dus die kern uit van die staatsverpligtinge van Suid-Afrika as party tot hierdie *Covenant*.²¹⁶

6.3. INTERNATIONAL CONVENTION ON THE ELIMINATION OF ALL FORMS OF RACIAL DISCRIMINATION (1965)

Die Handves van die Verenigde Nasies bevat verskeie verwysings na die beginsels van waardigheid en gelykheid van alle mense.²¹⁷ Suid-Afrika het 'n party geword tot hierdie konvensie op 7 Maart 1966.²¹⁸ Die Universele Deklasie bevestig in artikel 1 dat *"All human beings are born free and equal in dignity and rights."* In artikel 2 word dit bevestig dat alle individue, ongeag enige aard van onderskeid (ras, kleur, geslag, taal, geloof, politieke of ander opinie, nasionale of sosiale oorsprong, eiendom, geboorte of ander status) geregtig is op die regte uiteengesit in die Deklasie. Die *International Convention on the Elimination of all forms of Racial Discrimination (ICEFRD)* poog om uitvoering te gee aan die Handves en Universele Deklasie en so *"solemnly affirms the necessity of speedily eliminating racial discrimination throughout the world in all its forms and manifestations and of securing understanding of all respect for the dignity of the human person"*.²¹⁹

²¹⁶ Vergelyk die *Preamble* tot die ICCPR

²¹⁷ Brownlie I, 1983: 302

²¹⁸ Vergelyk die uiteensetting van die Departement van Justisie 2001. <http://www.doj.gov.za/docs/policy.html>

²¹⁹ International Convention on the Elimination of all forms of racial discrimination (1965): Preamble.

Hierdie Konvensie verwys ook spesifiek na die *Convention concerning Discrimination in respect of Employment and Occupation*, soos aanvaar deur die Internasionale Arbeidsorganisasie in 1958, en die *Convention against Discrimination in Education*, soos aanvaar deur die *United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization* in 1960.²²⁰

Buiten die algemene verbod ten aansien van rasdiskriminasie²²¹, vereis die ICEFRD ook die instel van spesiale maatreëls ten einde enige vorm van apartheid te verhoed, te verbied en te elimineer.²²² Ook regstellende aksie maatreëls word gelegitimiseer in hierdie Konvensie, met egter die voorbehoud dat voorkeur aan spesifieke rassegroeperinge nie sal voortduur nadat die doelwit van die betrokke regstellende aksie maatreël bereik is nie:

*"Special measures taken for the sole purpose of securing adequate advancement of certain racial or ethnic groups or individuals requiring such protection as may be necessary in order to ensure such groups or individual equal enjoyment or exercise of human rights and fundamental freedoms shall not be deemed racial discrimination, provided, however, separate rights for different racial groups and that they shall not be continued after the objectives for which they were taken have been achieved."*²²³

Hierdie beginsel is in lyn met die vereste "goals and timetables" wat gebruik word in die Suid-Afrikaanse *Employment Equity Act*. Die leemte, soos ook uiteengesit in die laaste hoofstuk van hierdie proefskrif, is egter steeds geleë in die afwesigheid van 'n spesifieke "Race Relations Act" vir Suid-Afrika. Die eiesoortigheid van rasediskriminasie, die geskiedenis van apartheid en die gevolglike gebrek aan bestaande vaardigheid en bevoegdheid in die werksplek behoort in 'n afsonderlike wet aangespreek te word.

Wat verder insiggewend is, is dat ook hierdie Konvensie verwys na beskerming teen werkloosheid en die reg op billike vergoeding:

"Article 5:

In compliance with the fundamental obligations laid down in article 2 of this Convention, State Parties undertake to prohibit and to eliminate racial discrimination in all its forms and to guarantee the right of everyone, without distinction as to race, colour, or national

²²⁰ Ibid.

²²¹ Vergelyk artikel 1 se definisie van rasediskriminasie: *"In this Convention, the term "racial discrimination" shall mean any distinction, exclusion, restriction or preference based on race, colour, descent, or national or ethnic origin which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal footing, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural or any other field of public life."*

²²² Vergelyk artikel 2 en 3 van die ICEFRD (1965).

²²³ Ibid.

or ethnic origin, to equality before the law, notably in the enjoyment of the following rights:

...e. economic, social and cultural rights, in particular:

i. The right to work, to free choice of employment, to just and favourable conditions of work, to protection against unemployment, to equal pay for equal work, to just and favourable remuneration..."²²⁴

Met verwysing na die bogaande argument ten opsigte van die werkloosheid en die groot gaping in inkomste tussen die ryk en arm gemeenskappe, is dit kritiek dat Suid-Afrika aandag skenk aan die daarstelling van spesifieke programme ten einde hierdie problematiek aan te spreek. Die volgende tabel, soos uiteengesit deur *JP du Toit*²²⁵ is ondersteunend tot hierdie argument:

Unemployment rate by race (% of race group, 1999)

	Eastern Cape	Northern Province	Kwa Zulu Natal	North West	Free State	Gauteng	Mpuma- langa	Northern Cape	Western Cape	RSA
Black	62,6	51,8	54,9	46,9	39,2	40,8	41,9	37,9	38,3	47,8
Coloured	28,3	21,0	22,4	31,8	30,9	24,1	25,5	28,8	15,6	20,0
Asian	10,1	4,2	12,8	7,2	6,9	10,2	9,1	16,0	8,7	12,0
White	6,5	5,9	7,2	7,2	7,3	7,2	7,2	4,7	5,6	6,7
Weighted average	53,2	49,4	44,4	43,5	34,6	32,1	32,1	27,9	18,6	37,8

Dit is duidelik uit bogaande tabel dat die vlak van 40% werkloosheid 'n ernstige probleem vir die land se ekonomie inhou. Volgens *Du Toit* is een van die redes vir hierdie werkloosheid geleë in die gebrek aan paslik opgeleide applikante in die werksmag. Bykomend hiertoe ervaar Suid-Afrika 'n groot uitvloeï van opgeleide mannekrag uit die land uit:

"One of the reasons for the high unemployment rate is that the traditional employers of many semi- and unskilled people, namely mining and agriculture, have experienced little or negative growth over the past decade. The need to become internationally competitive has been a major driving force, with technology and high skills levels becoming increasingly important. Under these circumstances, demand for South Africa's abundant semi- and unskilled labour force is low...Conversely, South Africa is experiencing a skilled labour shortage compounded by a net outflow of highly-trained people through emigration and

²²⁴ ICEFRD, 1965: 5 (e)

²²⁵ Du Toit JP, Provincial Characteristics of South Africa, SA Financial Sector Forum, Fivonia, 2001.

*unfriendly immigration laws and procedures. However, the relevant legislation is set to be reviewed in the near future. The skills shortage may continue to intensify over the next few years owing to the expected negative impact of Aids, especially on the economically active population.”*²²⁶

6.4. COUNCIL OF EUROPE

Die Europese Raad, waarvan Suid-Afrika nie 'n lid is nie, het reëls neergelê ter bevordering en beskerming van demokrasie. Alhoewel Suid-Afrika nie gebonde is aan hierdie reëls nie, is dit vir doeleindes van regsvergelyking insiggewend om te let op die struktuur en inhoud van die betrokke konvensies. Die Relevante Internasionale instrumente van die Europese Raad is die volgende:

- Statute of the Council of Europe
- European Convention on Human Rights (1850)²²⁷
- Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms (1971)
- European Social Charter (1961)²²⁸

Ten aansien van diensgelykheid bepaal die *European Social Charter* soos volg:

“Article 1: The Right to work

With a view to ensuring the effective exercise of the right to work, the Contracting Parties undertake:

- (1) to accept as one of their primary aims and responsibilities the achievement and maintenance of as high and stable a level of employment as possible, with a view to the attainment of full employment;*
- (2) to protect effectively the right of the worker to earn his living in an occupation freely entered upon;*
- (3) to establish or maintain free employment services for all workers;*
- (4) to provide or promote appropriate vocational guidance, training and rehabilitation.*

²²⁶ Du Toit JP, Provincial Characteristics of South Africa, SA Financial Sector Forum, Fivonia, 2001.

²²⁷ Artikel 14 bevestig die diskriminasie verbod soos volg:

“The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex race colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority property, birth or other status.”

²²⁸ Vergelyk European Treaty Series, No. 48; 12 Yearbook: 397

Article 2: The right to just conditions of work

With a view to ensuring the effective exercise of the right to just conditions of work, the Contracting Parties undertake:

- (1) to provide for reasonable daily and weekly working hours, the working week to be progressively reduced to the extent that the increase of productivity and other relevant factors permit;*
- (2) to provide for public holidays with pay;*
- (3) to provide for a minimum of two weeks annual holiday with pay*
- (4) to provide for additional paid holidays or reduced working hours for workers engaged in dangerous or unhealthy occupations as prescribed;*
- (5) to ensure a weekly rest period which shall, as far as possible, coincide with the day recognized by tradition or custom in the country or region concerned as a day of rest.*

Article 4: The Right to a fair remuneration

With a view to ensuring the effective exercise of the right to a fair remuneration, the Contracting Parties undertake:

- (1) to recognize the right of workers to a remuneration such as will give them and their families a decent standard of living;*
- (2) to recognize the right of workers to an increased rate of remuneration for overtime work subject to exceptions in particular cases;*
- (3) to recognize the right of men and women workers to equal pay for work of equal value;*
- (4) to recognize the right of all workers to a reasonable period of notice for termination of employment;*
- (5) to permit deductions from wages only under conditions and to the extent prescribed by national laws or regulations or fixed by collective agreements or arbitration awards."*

Bogaande beginsels is grotendeels vervat in die Suid-Afrikaanse wetgewing ten opsigte van basiese diensvoorwaardes²²⁹ en gelykheid in diens²³⁰. Die erkenning van die reg tot 'n vergoeding wat 'n werknemer in staat kan stel om hom of haar en die relevante familie 'n waardige lewenstandaard te bied, is egter tot op hede in geen Suid-Afrikaanse wetgewing vervat nie.

²²⁹ Wet op Basiese Diensvoorwaardes, Wet 75 van 1997

²³⁰ Employment Equity Act, Wet 55 van 1998

6.5. AFRIKA INSTRUMENTE

In die voorskrif tot die “*Organization of African Unity*” (OAU) word die Universele Deklarasie van Menseregte aanvaar as die basis van samewerking tussen state. As ‘n poging tot regionale samewerking ten opsigte van menseregte is die Banjul Handves aanvaar in 1981. Lidlande onderneem om die bepalings soos vervat in die Handves in Nasionale Wetgewing in te bou en te onderhou. Van toepassing op hierdie studie is artikel 1 en 2 van die Handves waarin die algemene reg tot gelykheid en in besonder gelykheid voor die reg gewaarborg word.²³¹ Ten aansien van sosiale sekuriteit bepaal artikel 15 in ooreenstemming met voormelde internasionale instrumente soos volg:

“Every individual shall have the right to work under equitable and satisfactory conditions and shall receive equal pay for equal work”.

Hierdie bepaling, soos ook verwoord in die soortgelyke artikels in voormelde internasionale instrumente, word egter as holisties en algemeen vertolk. Individuele lande, bv. Indië maak ruim voorsiening vir die beskerming van die sosiale orde en die bevordering van die welstand van die land se mense. Artikel 38 van Indië se handves van fundamentele regte bepaal naamlik:

“38 State to secure a social order for the promotion of welfare of the people.

- (1) The State shall strive to promote the welfare of the people by securing and protecting as effectively as it may a social order in which justice, social, economic and political, shall inform all the institutions of the national life.*
- (2) The State shall in particular, strive to minimize the inequalities in income, and endeavour to eliminate inequalities in status, facilities and opportunities, not only amongst individuals but also amongst groups of people residing in different areas or engaged in different vocations.”*

Suid-Afrika het op 15 Desember 1995 toelating onderteken tot die “*OAU Convention Governing Specific Aspects of Refugee Problems in Africa 1969*”. Suid-Afrika het ook as lidland toegetree tot die “*African Charter on Human and People’s Rights 1986*” op 9

²³¹ *“Article 2: Every individual shall be entitled to the enjoyment of the rights and freedoms recognized and guaranteed in the present Charter without distinction of any kind such as race ethnic group, colour, sex, language, religion, political or any other opinion, national and social origin, fortune birth or other status.*

Article 3: Every individual shall be equal before the law; Every individual shall be entitled to equal protection of the law.”

Julie 1996.²³² Die *African Charter on the Rights and Welfare of the Child* is vervolgens ook deur Suid-Afrika onderteken op 10 Oktober 1997.

Ongeag die internasionale verbintenis tot vermeldde diensgelykheidskonvensies, word beperkinge op gelykheid en bepalinge rondom verwante werkgewersverwete steeds nie omvattend in nasionale wetgewing in Suid-Afrika vervat nie. Die feit dat riglyne vir besigheidsnoodsaak nie in afsonderlike gelykheidswetgewing ten opsigte van geslagsdiskriminasie uitgestip is nie, kan daartoe lei dat werkgewers vanuit 'n ekonomiese uitgangspunt nie altyd diskriminasie verbiedinge respekteer nie. Daar word maklik teruggeval op die kontraktuele voorreg waarvoor partye beskik (en oor beskik het op stadium van kontraksluiting), terwyl 'n diskriminerende kontrakinhoudelike oor die hoof gesien word. Litigasie word hierdeur in die hand gewerk ten einde bloot basiese billikheidsbeginsels te herbevestig en legitieme verwete soos gegrond op besigheidsnoodsaak op 'n ad hoc - basis te bepaal.

Die voordeel van 'n ad hoc - benadering is geleë in die objektiewe heroorweging van alle regsbeginsele in elke saak sonder dat daar 'n wetlike gebondenheid is om voorkeur aan 'n spesifieke regsbeginsele te gee. Hierteenoor kan so 'n ad hoc benadering verskillende interpretasies rondom die beoordeling van regsbeginsele (soos besigheidsnoodsaak en indirekte impak) daarstel wat onsekerheid rondom begrippe kan veroorsaak. Die volgende uitsprake dui aan hoe spesifieke inhoud suksesvol op 'n ad hoc basis verleen is deur die hof ten opsigte van diskriminasie op grond van geslag:

- In *Brink v Ritshoff* 1996 (4) SA 197 (C) het die Konstitusionele Hof beslis dat diensvoorwaardes wat diskrimineer teen getroude vrouens onwettig is en uit die weg geruim moet word.
- In *George v Western Cape Education Department* 1996 (2) BLLR 166 (IC), het die Industriële Hof van die Wes-Kaap die aangeleentheid van behuisingssubsidies vir getroude vrouens oorweeg. Die hof het na die konstitusionele verbod ten opsigte van diskriminasie op die basis van geslag en getroude status verwys, en beslis dat die applikant inderdaad 'n subsidie moes verkry. Daar is ook beslis dat die diskriminerende bepalinge in die werksplek hieroor gewysig moes word.
- In *Professional Teachers and Rademan v Minister of Education and Governing Body of Primrose Hill Primary School* 1995 (9) BCLR 29 (IC), het die Industriële Hof beslis dat die behuisingsbeleid van die Publieke Dienste

²³² Vergelyk die uiteensetting van die Departement van Justisie 2001. <http://www.doj.gov.za/docs/policy.html>

Stafkode direk diskrimineer teen 'n klas vrouens op grond van hulle geslag en getroude status. Daar is beslis dat die bepalinge verander moet word.²³³

6.6. CONVENTION ON THE ELIMINATION OF ALL FORMS OF DISCRIMINATION AGAINST WOMEN

Suid-Afrika het die “*Convention on the elimination of all forms of discrimination against women*” onderteken op 1 Januarie 1993, en dit geratifiseer op 15 Desember 1995.

Na die verkiesing van Nelson Mandela as President is die Kantoor van die Status van Vroue ingestel in die President se kantoor. Die Regering het ook 'n gekoördineerde sekretariaat ingestel vir die “*Fourth World Conference on the Status of Women*”. Hierdie sekretariaat was gelokaliseer in die kantoor van die Minister vir Welsyn en Bevolkingsontwikkeling, wat die pre- en post-Beijing aktiwiteite van die regering bestuur het.²³⁴

Ten einde die konstitusionele vereistes ten aansien van geslagsgelykheid, in besonder in die werksplek, te realiseer, het uitgebreide konsultasie geskied met die doel om beste praktyke te vergestalt in 'n aksieprogram wat algemeen na verwys kan word as die “*national machinery*”. Hierdie “*national machinery*” het bestaan uit 'n uiteensetting van strukture op verskillende vlakke van ons samelewing wat verskeie funksies kollektief sal verrig ten einde geslagsgelykheid te bevorder. Hierdie strukture sluit in:

- “*Office on the Status of Women*”
- *Gender Focal Points and Structures on government departments;*
- *Committee on the Quality of Life and Status of Women in Parliament;*
- *Independent Bodies: Commission on Gender Equality;*
- *Human Rights Commission; and*
- *A strong Women's Movement*”²³⁵

Alhoewel die Regering verskeie strategiese en beleidsdokumente geformuleer het ten einde geslagsdiskriminasie in diens aan te spreek²³⁶, is geen wet spesifiek ten opsigte van Geslagsdiskriminasie tot op hede uitgevaardig nie.

²³³ 'n Oortreding van hierdie aard sal ook 'n onbillike arbeidspraktyk uitmaak en as 'n diskriminerende praktyk beskou word onder die *Employment Equity Act 1997*

²³⁴ Vergelyk *Gender Research Project Bulletin*, Centre for Applied Legal Studies, 1996: 1-7. <http://www.wits.ac.za/cals/gender.html>

²³⁵ Ibid

²³⁶ Sedert Januarie 1997 het die Kantoor vir die Status van Vroue die volgende uitsette gelewer, soos uiteengesit deur die Departement van Justisie:

6.7. ANDER INTERNASIONALE INSTRUMENTE

Ander internasionale instrumente ten opsigte van Diensgelykheid waartoe Suid-Afrika as lidland verbind is en die datum van verbintenis, sluit in die volgende:

- (1) Geneva Conventions – 31 March 1952;
- (2) Vienna Declaration and Programme of Action – 1993;²³⁷
- (3) Protocol amending the Slavery Convention of 1926 – 29 December 1953;
- (4) Convention for the Suppression of the Traffic in Women and Children – 28 June 1922;
- (5) Convention for the Suppression of the Traffic in Women of Full Age – 20 November 1935;
- (6) Protocol to amend the Convention for the Suppression to Traffic in Women and Children of 1921 and the Convention for the Traffic of Women of Full Age of 1933 – 12 November 1947;
- (7) International Agreement for the Suppression of White Slave Traffic – 14 August 1951;
- (8) International Convention for the Suppression of White Slave Traffic (1910) amended by the Protocol – 14 August 1951;

-
- (i) *Production of a framework for activating the OSW mandate;*
 - (ii) *Production of first draft of the National Policy Document;*
 - (iii) *Development of a National Plan of Action;*
 - (iv) *Development of six provincial plans;*
 - (v) *Standardization of approach among provincial OSWs;*
 - (vi) *Development of a comprehensive Capacity Building Strategy;*
 - (vii) *Development of a draft Gender Audit Framework;*
 - (viii) *Development of Framework for compiling the bi-annual Status of Women Report;*
 - (ix) *Identification of clear areas of operation;*
 - (x) *Development of performance indicators for the national and provincial OSWs;*
 - (xi) *Identification of priority cross-cutting programmes; and*
 - (xii) *Initiation of a capacity building process for provincial OSWs.*

²³⁷ Die Nasionale Plan van Aksie (soos uiteengesit deur die Departement van Justisie) omvat die volgende:

- *An integrated and systematic national strategy to help realise the advancement of human rights in South Africa. This involves an audit of the human rights situation in this country, identifying areas of improvement and a commitment to adopting concrete measures for improving areas where the enjoyment of human rights is inadequate.*
- *A framework for sustained and coordinated measures to be taken by government, the private sector, civil society in general and other actors in protecting and promoting human rights in the next five years, and a serious effort by government to address the legacy of apartheid. The plan can be used by the Government and to address the legacy of apartheid. The plan can be used by the Government and organs of civil society to monitor and assess the observance of human rights It can also be used to gauge the commitment of the Government to the promotion and protection of human rights.*
- *An assessment of International and regional instruments which South Africa has ratified or acceded to, those which have been signed but not yet ratified and those which are in the process of being ratified or acceded to. There will also be an input on reports on the instruments that South Africa has ratified.*

- (9) Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction – 1 October 1997;
- (10) Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment – 10 December 1984;
- (11) Optional First and Second Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights ²³⁸
- (12) ILO Unemployment Convention 1919
- (13) ILO Night Work (Women) Convention 1919
- (14) ILO Equality of Treatment (Accident Compensation) Convention
- (15) ILO Minimum Wage-Fixing Machinery Convention 1928
- (16) ILO Marking of Weight (Packages transported by Bessels) Convention 1929
- (17) ILO Forced Labour 1930
- (18) ILO Night Work (Women) Convention (revised) 1934 & 1948
- (19) ILO Workmen's Compensation (Occupational Diseases) Convention (Revised) 1934
- (20) ILO Underground Work Women Convention 1935
- (21) ILO Convention concerning Statistics of Wages and Hours of Work 1938
- (22) ILO Final Articles Revision Convention 1946
- (23) ILO Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention 1948
- (24) ILO Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949
- (25) ILO Abolition of Forced Labour 1957
- (26) ILO Discrimination (Employment and Occupation) 1958
- (27) ILO Final Articles Revision Convention 1961
- (28) Convention concerning Equal remuneration
- (29) Convention concerning Minimum Age (Child Labour)

7. GEVOLGTREKKING

Die Handves van Menseregte, soos vervat in die Suid-Afrikaanse grondwet, word beskou as die hoeksteen van die Suid-Afrikaanse demokrasie:

"It enshrines the rights of all people in our country and affirms the democratic values of human dignity, equality and freedom." ²³⁹

Die Regering moet deur middel van regsinstrumente uitvoering gee aan hierdie demokrasie, en verseker dat die regte soos vervat in die Handves inderdaad gerespekteer, beskerm, bevorder en vervul word. Onbillike diskriminasie, welke insluit

²³⁸ Vergelyk die uiteensetting van die Departement van Justisie 2001.
<http://www.doj.gov.za/docs/policy.html>

²³⁹ Suid-Afrikaanse Grondwet, artikel 7

onbillike diensdiskriminasie, word herbevestig deur artikel 9 in die Grondwet soos omvattend bespreek en aangespreek in hierdie proefskrif. Ten einde in die wetgewende doel van effektiewe regulering van diskriminasie te slaag, het die Suid-Afrikaanse Regering selfs voor die verkiesing van 1994 bepaalde diskriminerende wetgewing herroep.²⁴⁰

Bykomend tot die wetgewing reeds na verwys in hierdie hoofstuk²⁴¹, is die volgende belangrike wetgewende inisiatiewe en regeringsondersoeke deur die onderskeie regeringsdepartemente ingevoer ten einde billikheid in die werksplek te verseker:

- *Adult Basic Education and Training Act, No. 52 of 2000;*
- *Promotion of Administrative Justice Act, No. 3 of 2000;*
- *Promotion of Access to Information Act, No. 2 of 2000;*
- *Preferential Procurement Policy Framework Act, No. 5 of 2000;*
- *National Student Financial Aid Scheme Act, No. 56 of 1999;*
- *Closed Pension Fund Amendment Act, No. 41 of 1999;*
- *Public Finance Management Amendment Act, No. 29 of 1999;*
- *Skills Development Levies Act, No. 9 of 1999;*
- *Public Service Amendment Act, No. 5 of 1999;*
- *Public Finance Management Act, No. 1 of 1999;*
- *Labour Relations Amendment Act, No. 127 of 1998;*
- *Cultural Institutions Act, No. 119 of 1998;*
- *National Development Agency Act, No. 108 of 1998;*
- *National Empowerment Fund Act, No. 105 of 1998;*
- *Aged Persons Amendment Act, No. 100 of 1998;*
- *Further Education and Training Act, No. 98 of 1998;*
- *Reconstruction and Development Programme Fund Act, No. 79 of 1998;*
- *Employment of Educators Act, No. 76 of 1998;*
- *Special Pensions Amendment Act, No. 75 of 1998;*
- *Promotion of National Unity and Reconciliation Amendment Act, No. 33 of 1998;*
- *Recognition of Customary Marriages Act, No. 120 of 1998;*²⁴²

²⁴⁰ Vergelyk die invoering van die *General Laws Fourth Amendment Act 1993 (Act 132 of 1993)* waar verskeie wette herroep is ten aansien van burgerskap, die bywoning van verhore, ontslag van vroulike werknemers by huweliksbevestiging, die verbod op die verrig van gevaarlike werk deur vroue en die verbod op die werk van nagskofte deur vroue.

²⁴¹ Verwys in besonder na die Wet op Arbeidsverhoudinge 1995, die Wet op Basiese Diensvoorwaardes 1997, Die *Employment Equity Act 1998*, en die *Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act 2000*.

²⁴² Die erkenning van gebruiklike huwelike het belangrike implikasies vir die werksplek, aangesien byvoordele wat ook aan afhanklikes toegeken word, drasties aangepas sal moet word. Vergelyk egter ook die grondwetlike bepalings soos vervat in artikel 1, 3 en 7, waarvolgens die diskriminasie in tradisionele howe (waar vroue nie mag deelneem nie) as onbillik gereken kan word. Die werkgewer se diensgelykheidspraktyke moet aldus sodanig geformuleer word om ook

- *Agriculture Labour Act, 1993*;
- *Katz Commission on the Review of the Tax system*²⁴³;
- *South African Law Commission: Project on the Purification of Statute Law*;
- *South African Law Commission: Project on the Harmonisation of the common law and indigenous law*;
- *South African Law Commission: Project on the Aspects of the law relating to Aids*;
- *Public Service Commission: Revision of the Public Service Act, 1994*²⁴⁴ en *Public Service Laws Amendment Act, No. 86 of 1998*;
- *White Paper on the Transformation of the Public Service 1996*²⁴⁵, en die *White Paper on Affirmative Action in the Public Service, April 1998*;
- *White Paper on Human Resource Management in the Public Service – 3 December 1997*;
- *White Paper on a New Employment Policy for the Public Service (2nd Draft), - 8 October 1997*;
- *Education White Paper 4 (A programme for the transformation of further education and training) September 1998* en die *Education White Paper 3 (A Programme for the Transformation on Higher Education) – July 1997*;
- *White Paper on and Integrated National Disability Strategy 1998*.

Dit blyk uit die besprekings en kritiek gelewer in hierdie hoofstuk dat die apartheid regime Suid-Afrika gelaat het met geweldige probleme van onderontwikkeling, die omvang waarvan die omvattende hoeveelheid genoodsaakte nuwe wetgewende maatreëls kan getuig. Dit blyk uit die gelykheidstatistiek soos na verwys dat ras, geografiese ligging en geslag van die grootste aanwysers is van waar armoede gelokaliseer is. Armoede, wat blyk 'n wesenslike gevolg van ongelykheid te wees, sal in die ontwikkelingspogings van die land ernstig aangespreek moet word ten einde 'n vreedsame en ekonomies stabiele Suid-Afrika te verseker.

Bemagting, as 'n integrale deel van die gelykheidspoging in die werksplek, sal gekonkretiseer moet word deur middel van duidelike wetgewende voorskrifte. In hierdie

die dilemma te oorbrug waar diskriminerende tradisionele praktyke in die werksplek presenteer (in die sin dat 'n vrou nie volgens sommige tradisionele kulture oor soortgelyke regte as die man beskik om te praat nie of verbied word om aan sekere openbare prosesse te mag deelneem).

²⁴³ Die voormalige Pensioenfondswetgewing het voorsiening gemaak daarvoor dat vrouens 6% en mans 8% van hulle salarisse moes afstaan. Die verskil in premies het ook verskillende voordele tot gevolg gehad. Daar is nou 'n uniforme bydrae koers van 7.5% van die pensioendraende salarisse. 'n Verdere wysiging tot die pensioenwet sluit in dat pensioen nie alleen betaal word aan 'n wewenaar nie, maar ook aan 'n weduwee.

²⁴⁴ Hersiening van die Regulasies word kontinue hanteer ten einde alle vorme van diskriminasie uit te skakel. Hierby word ingesluit diskriminerende taalgebruik, die onderskeid in die betaling van voordele en ander toelae.

²⁴⁵ Sleutel doelwitte word in hierdie witskrif daargestel:

- *within four years, a 50% representation of blacks at management level; and*
- *during the same period, at least 30% of new recruits to the middle and senior management echelons are to be women.*

verband is die formulering van spesifieke gelykheidswette ten opsigte van Ras, Geslag en Gelyke Betaling kardinaal. Slegs hierdeur sal werklik uitvoering gegee kan word aan die tasbare uitvoering van die fundamentele reg tot gelykheid in die werksplek, en die ware implementering van demokrasie tot op grondvlak.²⁴⁶

Die indruk behoort nie gelaat te word dat die vorige regime net “sleg” gedoen het nie. In vergelyking met die res van Afrika het Suid-Afrika ekonomiese welvaart geniet. Die langsame pad wat egter gestap was om diskriminerende wette te heroep, het skade aan die werknemersprofiel in die land verrig. Korrigering van hierdie ongelykhede in die werksmag, en die aanspreek van armoede onder die lae inkomste groeperinge en werklose persone, sal nou prioriteit moet geniet. Vanuit die utilitaristiese vertrekpunt in hierdie proefskrif moet die reg “lei” ten einde die nodige prioriteit te kan verleen aan hierdie saak.

‘n Ander belangrike opmerking is geleë in die wetlike verpligtinge van werkgewers en werknemers ten opsigte van die handhawing van diensbillikheid. Die daarstelling van ‘n “rights attitude” moet nie negatief vertolk word nie, maar beoordeel word binne die positiewe verwagting van daadwerklike verandering in die sosiale orde deur die invoering van billike gedragsspatrone en billike dienspraktyke. Die ekonomiese onderbou, om ‘n “rights attitude” geskoei op eerstewêreldse demokratiese beginsels te dra, moet so ver moontlik voorsien word deur die Regering en industrie ten einde ware (en internasionaal verantwoordbare) diensbillikheid te verseker. Gegee die “New Partnership for Africa’s Development” (NEPAD), wat internasionale samewerkingstrategieë met eerstewêreldse lande omvat, kan die daarstelling van ‘n billike, demokratiese en finansiële stabiele Afrika as ‘n internasionale agendapunt beskou word.

²⁴⁶ Vergelyk Corder and Davis, 1989: 633-643. Vergelyk ook in besonder die bepalings van die ANC Freedom Charter, waar demokrasie soos volg geantisipeer is: *“The national wealth of our country, the heritage of all South Africans, shall be restored to the people...Peace and friendship amongst all our people shall be secured by upholding the equal rights, opportunities and status of all”*. Die beginsels van gelyke regte en gelyke geleenthede word aldus as gelyksoortige beskou, maar nie as sinoniem nie.

HOOFSTUK 4

‘N GEÏNTEGREERDE DIENSBILLIKHEIDSMODEL VIR SUID-AFRIKA

1. INLEIDING

In hierdie proefskrif is daar regsvergelykend gekyk na die onderskeie billikheidsinstrumente wat diensgelykheid in die werksplek reguleer. Daar is analyses gemaak van relevante regsbeginsels en -leerstukke, terwyl gesaghebbende hofuitsprake ook in die proses beoordeel is.

Belangrike konklusies rakende die interpretasie van bestaande diensbillikheidwetgewing in Suid-Afrika is gemaak, en is die verweer van besigheidsnoodsaak in hoofstuk 2 geïntegreer tot 'n internasionaal verantwoordbare verweer in alle gevalle van diskriminasie op grond van ongelyke impak of ongelyke behandeling. Die vraag wat in hierdie hoofstuk beantwoord moet word, is in hoeverre die regsbeginsels en -leerstukke soos ondersoek in hierdie proefskrif geïntegreer kan word in die Suid-Afrikaanse diensbillikheidsstelsel.

Ten einde hierdie belangrike vraag te kan antwoord, word aan die hand gedoen dat daar vanuit die utilitaristiese vertrekpunt ag geslaan word op die eiesoortige behoeftes en prioriteite van Suid-Afrika, wat ook in besonderhede uiteengesit is in hoofstuk 3. Vir doeleindes van utiliteit is dit noodsaaklik dat die nuwe, geïntegreerde diensbillikheidsmodel, wat in hierdie hoofstuk vervat is, aan die behoeftes van die land voldoen. Soos dit duidelik geblyk het uit die besprekings van die bestaande diensbillikheidsstelsel in Suid-Afrika, soos vervat in hoofstuk 3, voldoen die bestaande diensbillikheidsstelsel in Suid-Afrika steeds nie optimaal aan die nasionale verwagting nie.

Aangesien die noodkrete van armoede en ongelykheid in Suid-Afrika nie meer gesus kan word met die belofte dat die reg histories sal ontwikkel en mettertyd verbetering tot gevolg sal hê nie, word dit weereens bevestig dat skrywer aanbeveel dat die reg "lei" deur gebruikmaking van die bestaande gevestigde regsisteme in ander Westerse lande. Beginsels vervat in hierdie regsisteme word ter wille van utiliteit gemodifiseer vir

invoering tot die Suid-Afrikaanse reg, met die noodwendige sneller ontwikkeling van die beginsels van diensbillikheid in Suid-Afrika.

Suid-Afrika mag nooit die konstitusionele waardes waarop die ontwikkeling van die billikheidsreg gefundeer moet word, misken nie. Die is hierdie onderliggende redegewende waardes wat legitimiteit verleen aan die utilitaristiese uitgangspunt dat die reg lei, en so groter geluksaligheid vir die grootste aantal persone in die land te verseker:

*"The consolidation of democracy in our country requires the eradication of social and economic inequalities, especially those that are systemic in nature, which were generated in our history by colonialism, apartheid and patriarchy, and which brought pain and suffering to the great majority of our people...Although significant progress has been made in restructuring and transforming our society and its institutions, systemic inequalities and unfair discrimination remain deeply embedded in social structures practices and attitude, undermining the aspirations of our constitutional democracy."*¹

Dit word aan die hand gedoen dat die diensbillikheidsmodel, soos vervat in hierdie hoofstuk, 'n goeie poging daarstel om die internasionaal verantwoordbare regsbeginsele en verwele ten opsigte van diensbillikheid te integreer. Tot dien effek word konsepwetgewing en 'n meer holistiese benadering ten opsigte van die formulering van billikheidswette voorgestel. Daar word ook, as deel van die nuwe diensbillikheidsmodel, praktiese vergestaltung gegee aan die onderskeie leerstukke en verwele (soos regsvergelykend ontleed) in die Suid-Afrikaanse konteks. Deur die implementering van hierdie geïntegreerde diensbillikheidsmodel sal uitvoering gegee word aan die beginsel van utiliteit, wat beter omskryf word as: *"the ability of an action to please individuals and its ability to please as many individuals as possible (achieving the greatest good for the greatest number)".*²

Skrywer wil aan die hand doen dat die onderhawige geïntegreerde diensbillikheidsmodel inderdaad 'n nuwe sosiale orde sal verseker, indien die model aangewend word as die evalueringskriterium vir utiliteit in die diensbillikheidsbestel in Suid-Afrika.

¹ Sien *Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act, Act 4 of 2000, Preamble.*

² Thinkquest, 2001:1

2. VOORGESTELDE WETGEWENDE RAAMWERK

2.1 INLEIDING

Uit die regsvergelykende studie van diensbillikheid in leidinggewende Westerse regstelsels (vergelyk hoofstuk 2) en die analise van bestaande Suid-Afrikaanse billikheidsinstrumente (vergelyk hoofstuk 3) is dit duidelik dat:

- i. Daar nie in Suid-Afrika spesifieke en afsonderlike wetgewing geformuleer is vir elke diskriminasie grond (soos ras en geslag) wat in die Grondwet verbied word nie.
- ii. Gelykheidswetgewing ten opsigte van diensbillikheid in Suid-Afrika primêr aangetref word in die *Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act*, Wet nr. 4 van 2000, en die *Employment Equity Act*, Wet nr. 55 van 1998. Hierdie twee wette verbied onbillike diskriminasie in diens (die *Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act* verwys na onbillike diskriminasie op grond van ras, geslag, gestremdheid en impakkeer toevallig ook op die diensverhouding) en die *Employment Equity Act* identifiseer direkte en indirekte diskriminasie as vorme van diskriminasie in die werksplek.
- iii. Alhoewel die twee vermelde wette sinvolle verbodinge rondom diensbillikheid bevat, word dit as leemtes geïdentifiseer dat die regsbeginsels waarvolgens diensdiskriminasie (soos verbied deur die wette) beoordeel moet word, nie duidelik geformuleer is nie. In besonder word dit aan die hand gedoen dat die verwee van die werkgewer (wat noodwendig aanduidend sal wees van die geregverdigde aard van 'n diskriminerende praktyk of handeling) spesifiek uitgestip en omskryf moet word.
- iv. Die twee vermelde wette (*Employment Equity Act* & *Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act*) omvat hoofsaaklik 'n herhaling van grondwetlike regte en vryhede, met relevante voorbeelde van onbillike diskriminasie. Oorvleueling ten opsigte van dieselfde verbodinge (bloot anders geformuleer) kan verwarring in die hand werk. (vergelyk bespreking in hoofstuk 3)
- v. Ten opsigte van diensbillikheid *per se* kan onsekerheid ook voorkom rondom watter wet se regsremedie gevolg moet word in gevalle waar 'n handeling 'n oortreding van beide wette daarstel. Die *Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act* reguleer naamlik die remedie om 'n aksie in te stel deur van Gelykheidshowe ("equity courts") gebruik te maak, terwyl die *Equity Act* die "Commission for Employment Equity", die Direkteur-Generaal, die Kommissie vir Versoening, Bemiddeling en Arbitrasie, en die Arbeidshof betrek.

- vi. Wetgewing in spesifiek die VSA en die Verenigde Koninkryk maak, soos uiteengesit in hierdie proefskrif, voorsiening vir spesifieke wetgewing ten opsigte van elke diskriminasiegrond soos ras, geslag en gestremdheid. Werkgewersverwere, soos regstellende aksie en besigheidsnoodsaak, word volledig omskryf in hierdie wette en word die hof duidelik gelei in die interpretasie van algemene beginsels soos billikheid en noodsaaklikheid.
- vii. Vanuit 'n utilitaristiese oogpunt is dit noodsaaklik dat die reg "lei", en nie slegs histories ontwikkel nie. Deurdat goeie presedente geskep is in die leidinggewende Westerse regstelsels, is die pad vir Suid-Afrika gebaan om met vrug van hierdie gevestigde diensbillikheidsinstrumente gebruik te maak en dit so in billikheidswetgewing vir Suid-Afrika te omskep in soverre die toepassing daarvan moontlik is binne die eiesoortige aard van die Suid-Afrikaanse verwagting.
- viii. Waar wetgewing in Suid-Afrika nog nie geformuleer is nie, soos uitgewys in hierdie proefskrif, behoort die regsbeginsele en -leerstukke soos gevestig in die leidinggewende Regstelsels, steeds aangewend te word ten einde regsekerheid te skep en die historiese presedent te vorm.

2.2 DISKRIMINASIE WET

Gegee die leemtes in die huidige Suid-Afrikaanse billikheidswetgewing (vergelyk die bespreking in Hoofstuk 3) en ook die behoeftes rondom eenvoudige prosesse soos hierbo uiteengesit in paragraaf 2.1 (iv) en (v), word daar aan die hand gedoen dat 'n enkele "Diskriminasie Wet" gepromulgeer word vir Suid-Afrika.

Daar word aan die hand gedoen dat die bestaande *Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act 2000* gekombineer word met die *Employment Equity Act 1998* met die uitsluitlike doel om een "Diskriminasie Wet" daar te stel om die volgende aspekte te reguleer:

- die regsremedies vir diskriminasie (hetsy ten aansien van diens of andersins),
- die billikheidsinstrumente (Equity Courts, Direkteur-Generaal, Kommissie vir Versoening, Bemiddeling en Arbitrasie, Kommissie vir diensgelykheid, ens.),
- Moniterings- en voldoeningsprosesse.

Hierdie wet moet nie net van toepassing wees op werkgewers nie, maar moet die regsbasis lê vir enige persoon om 'n aksie te kan instel waar diskriminasie na bewering bestaan. Soortgelyk moet dit die medium wees waardeur nakoming van die wet deur

die Departement van Arbeid

ord. Hierdie wet, gegee die eiesoortigheid van ander regeringsdepartemente, kan en sal egter nooit die behoeftes rondom diensgelykheid kan aanspreek in die betrokke departemente self nie (vergelyk paragraaf 2.4 hieronder), en kan ook nie gedetailleerd die verskillende vorme van diskriminasie (byvoorbeeld ten opsigte van ras, geslag, gestremdheid, ensovoorts) reguleer nie (vergelyk paragraaf 2.3 hieronder).

2.3 BILLIKHEIDSWETTE VIR ELKE DISKRIMINASIE GROND

Ten einde regskeppend en utilitaristies uitvoering te gee aan die nasionale prioriteite rondom billikheid in Suid-Afrika (wat insluit die behoefte tot korrigerende profiele in die werksplek ten einde die demografie in die land te weerspieël binne die konteks van meriete en kwalifikasies), word voorgestel dat **billikheidswette geformuleer word vir elke diskriminasie grond (d.i. ras, kultuur, taal, geslag, ens)**. Elke sodanige wet moet aan die gelykheids- en billikheidsverwagting van die Grondwet voldoen, met raakpunte waar nodig.

Diagram 7 illustreer die voorgestelde formulering van diskriminasie wette vir die onderskeie diskriminasie gronde.

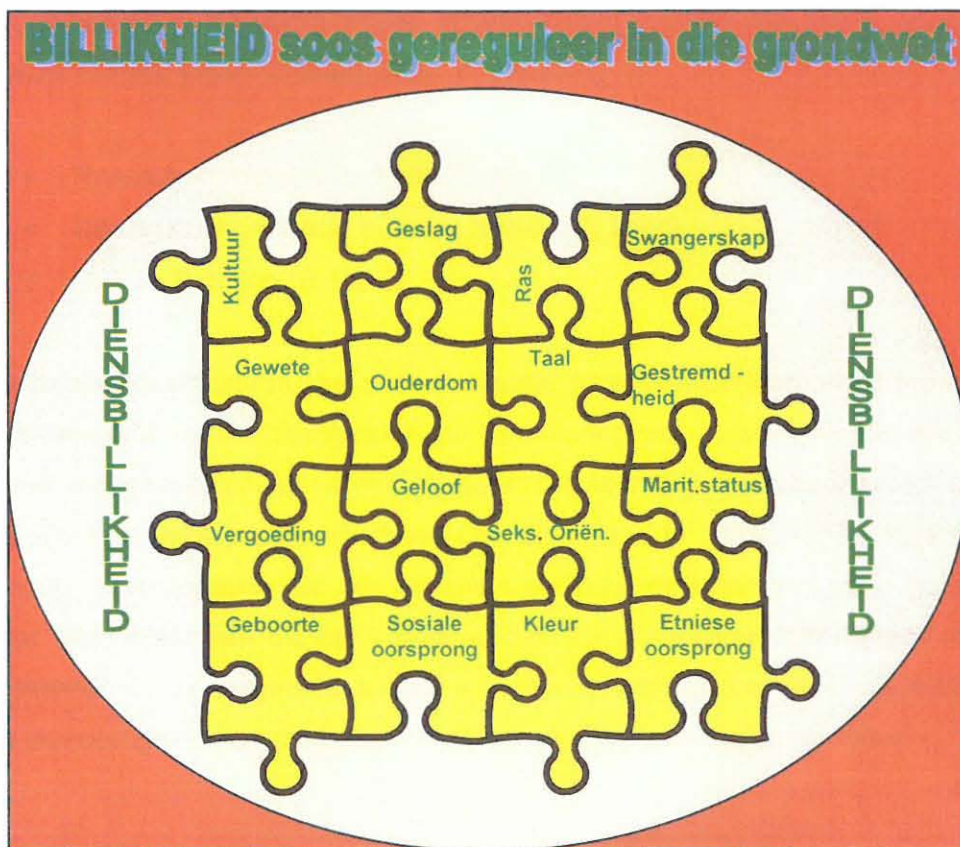


DIAGRAM 7: Uiteensetting van die areas waaroor spesifieke diskriminasie wetgewing geformuleer behoort te word.

Alhoewel die doel van diagram 1 individueel is om die formulering van individuele wette vir elke diskriminasie grond (soos ras, geslag, gestremdheid, ensovoorts) voor te stel, is die moontlikheid nie uitgesluit om aanvanklik een wet te formuleer waarin al die diskriminasie gronde by wyse van afsonderlike hofies gereguleer word nie. Gegee die situasie in die westerse regstelsels soos ondersoek in hierdie proefskrif, is dit egter duidelik dat die omvattendheid van die onderskeie diskriminasie gronde uiteindelik afsonderlike wetgewing kan noodsaak.

Dit moet in gedagte gehou word dat diensbillikheid bloot 'n faset uitmaak van elk van die voorgestelde wette ten opsigte van die onderskeie diskriminasie gronde. So byvoorbeeld kan 'n "Wet rakende geslagsdiskriminasie" 'n spesifieke hofie hê wat geslagsdiskriminasie in diens in besonderhede kan aanspreek, waar die algemene bepalings van die betrokke wet nie die eiesoortigheid van geslagsdiskriminasie in diens doeltreffend kan reguleer nie.

Gegee die arbeidsregtelike fokus van hierdie proefskrif, word aan die hand gedoen dat voorkeur verleen word aan die formulering van 'n Wet rakende Rassediskriminasie, 'n Wet rakende Geslagsdiskriminasie, en 'n Wet rakende Diskriminasie op grond van Gestremdheid. Betreffende die gedeeltes in hierdie wette wat direk impakteer op diensbillikheid, word voorgestelde konsep wetsvoorstelle gemaak in hierdie proefskrif. Hierdie konsep wetsvoorstelle slaan in besonder op:

- Rassediskriminasie in diens (Bylae A),
- Geslagsdiskriminasie in diens (Bylae B), asook
- Gelyke Betaling (Bylae C).

Die beginsels en leerstukke soos in hierdie proefskrif ontleed, word in hierdie konsep wetsvoorstelle vervat. Aangesien die formulering van 'n wet rakende diskriminasie op grond van gestremdheid verskeie eiesoortige leerstukke, addisioneel tot die beginsels ontleed in hierdie proefskrif behels (en inderdaad 'n studie op sy eie verdien), word konsep wetsvoorstelle nie oor hierdie spesifieke diskriminasiegrond geformuleer nie. Daar word egter aan die hand gedoen dat 'n wet rakende diskriminasie op grond van gestremdheid die beginsels soos ondersoek in hierdie proefskrif sal uitbou, ten einde die eiesoortigheid van die betrokke diskriminasiegrond te akkommodeer.

2.4 BILLIKHEIDSWETTE VIR ELKE ARBEIDSEKTOR³

Soos uitgewys in die analise van die Suid-Afrikaanse wetgewing rondom diensbillikheid, word alle werkgewers gebind tot die *Employment Equity Act 1998* en die *Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act 2000*. Buiten die oorvleueling tussen die wette, wat hierbo in hoofstuk 3 uitgewys is, is dit ook nie moontlik om in die algemeen voorskriftelik te wees rondom spesifieke aangeleenthede wat eiesoortig is tot 'n spesifieke arbeidsektor nie. Die gelykheidsbehoefte in die Hoër Onderwys kan byvoorbeeld dramaties verskil van die van die normale private werkgever. Deurdat dieselfde norme en standaarde ten opsigte van monitering op albei van toepassing gemaak word, kan ons inderdaad met 'n geval sit dat appels met pere vergelyk word. (Vergelyk ook hier die indiepte bespreking in hoofstuk 3).

Binne die nasionale agenda van billikheid, word van alle arbeidsektore verwag om billikheid in alle fasette van hulle bedryf te implementeer. Billikheid slaan gevolglik nie uitsluitlik op die diensverhouding nie, maar betrek ook ander prestasie areas van die betrokke arbeidsektor. 'n Goeie voorbeeld hiervan is die verpligting tot die implementering van gelykheid in studente-profiel binne die Hoër Onderwys Sektor, of die kwessie van grondverdeling in die Landbou Sektor.

Gegee die eiesoortigheid van die onderskeie sektore, bestaan die behoefte egter ook om betreffende diensbillikheid eiesoortige maatreëls vir die betrokke sektor in te stel. 'n Goeie voorbeeld hiervan is die "*Higher Education National Plan*" 2001 wat deur Minister Kader Asmal aan die Kabinet voorgelê is en onlangs geïmplementeer is. Hierdie Nasionale Plan is 'n gelykheidsplan vir die Hoër Onderwys wat veeleisende behoeftes ten opsigte van aanstellings en kapasiteit uiteensit. Deurdat hierdie plan dan ook sterk klem plaas op regstellende aksie in spesifieke kategorieë (bv. akademië) beteken dit dat bestaande diensgelykheidsplanne aan die Minister van Arbeid nie voldoende sal wees nie, of gewysig sal moet word ten einde aan die Minister van Onderwys se versoeke te kan voldoen.

Hierdie problematiek kan uit die weg geruim word indien Hoër Onderwys bloot 'n eie "Gelykheidswet vir Hoër Onderwys" kon promulgeer, waarin doelwitte en tydtafels neergelê word, waarin rekruteringsverwagtinge uitgelig word, en waar die inhoud van die verweer van "besigheidsnoodsaak" vanuit 'n hoër onderwys perspektief vasgemaak kon word. Die dilemma van 'n swak poel van geskikte kandidate vir aanstellings in die

³ Arbeidsektor in die konteks van hierdie proefskrif word gedefinieer as die gebied wat bedien word deur 'n betrokke staatsdepartement, byvoorbeeld Hoër Onderwys, Landbou, ens.

hoër onderwys sal ook in so 'n wet spesifieke aandag kan geniet, terwyl parlementêre riglyne sekerheid sou bring rondom watter vorme van "redelike akkommodasie" geskik sou wees vir die akkommodering van persone vanuit voorheen benadeelde groeperinge in die Hoër Onderwys, sonder dat akademiese standaarde in die slag sou bly. Hierdie "Gelykheidswet vir Hoër Onderwys" sal noodwendig ook die ander billikheidsverwagtinge rondom studente-gelykheid en die toeganklikheid van akademiese programme kan reguleer.

Die voorstel is dus dat elke Staatsdepartement sy eie "Equity Act" moet uitbring. In hierdie wet moet elke Staatsdepartement die verbodinge rondom diskriminasie in die betrokke departement en Arbeidsektor wat dit bedien, uiteensit. Doelwitte en redelike akkommodasie sal in so 'n geval meer sinvol gerig kan wees om die spesifieke probleme wat in die departemente aangespreek moet word.

2.5 OPSOMMING

Opsommend kom dit dus daarop neer dat aanbeveel word dat die Wetgewer, ter uitvoering van die grondwetlike reg op gelykheid (art 9) en ook ter uitvoering van die reg op billike arbeidspraktyke (art 23) die volgende wette moet promulgeer:

1. Diskriminasie Wet

Ter vervanging/ samesmelting van die *Employment Equity Act & Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act*, om die volgende aspekte te reguleer:

- die regsremedies vir diskriminasie (hetsy ten aansien van diens of andersins),
- die billikheidsinstrumente (Equity Courts, Direkteur-Generaal, Kommissie vir Versoening, Bemiddeling en Arbitrasie, Kommissie vir diensgelykheid, ens.),
- Moniterings- en voldoeningsprosesse.

2. Spesifieke gelykheidswette rondom elke diskriminasie grond, met prioriteit aan die formulering van 'n:

- *Wet rakende rassediskriminasie;*
- *Wet rakende geslagsdiskriminasie;*
- *Wet rakende diskriminasie op grond van gestremdheid.*

Wetsvoorstelle rondom rassediskriminasie in diens, geslagsdiskriminasie in diens en gelyke betaling word vervat in Bylae A, B en C tot hierdie proefskrif. Hierdie wetsvoorstelle kan oorweeg word vir inkorporering tot die vermelde gelykheidswette soos nodig.

3. Spesifieke wette in elk van die onderskeie staatsdepartemente, ten einde billikheid, en spesifiek diensgelykheid, in die onderskeie arbeidsektore te reguleer. Verslaggewing moet noodwendig na die relevante Minister geskied en behoort nie gesentraliseer te wees by die Departement van Arbeid nie. Die stel en bereik van gelykheidsdoelwitte sal op hierdie wyse meer effektief en doelmatig bydra om die gelykheidsprofiel in die land sinvol te bestuur.

Grafies word hierdie wetgewende model voorgestel in diagramme 8.1 en 8.2:



DIAGRAM 8.1: Grafiese voorstelling van die Gelykheidswetgewing vir elke toepassingsterrein (Arbeidsektor).

Diagram 8.2 hieronder illustreer hoe die onderskeie voorgestelde wette bymekaar inskakel:

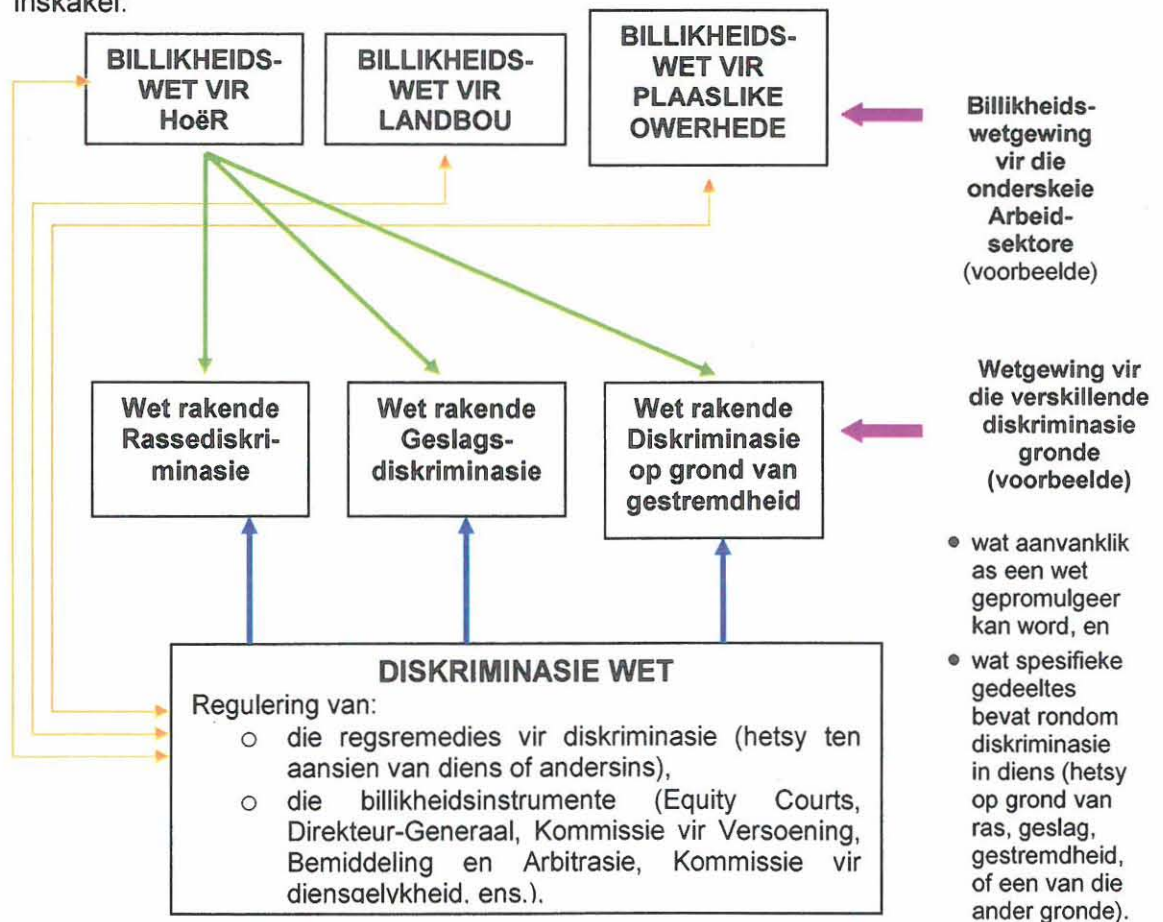


DIAGRAM 8.2: Grafiese voorstelling van hoe die onderskeie voorgestelde Billikheidswette bymekaar inskakel.

Die voorgestelde toepassingsraamwerk vir diensgelykheid in Suid-Afrika, soos vervat in hierdie afdeling van die proefskrif, poog om praktiese uitvoering te gee aan die regsbeginsele ondersoek in hierdie proefskrif, asook om 'n implementeringsraamwerk daar te stel wat sinvol uitvoerbaar sal wees voor en nadat wetgewing soos hierbo na verwys gepromulgeer is.

Gegee die feit dat die voorgestelde wetgewende raamwerk egter nog nie in plek is nie, is die primêre doel met hierdie praktiese toepassingsraamwerk om die implementering van die bestaande diensbillikheidsbestel in Suid-Afrika prakties te lei binne die bedryfs- en arbeidsekonomele dissiplines. Hierdie voorgestelde toepassingsraamwerk vergestalt gevolglik ook op 'n praktiese vlak die implementering van die billikheidsleerstukke soos regsvergelykend ondersoek binne die unieke behoeftes en omstandighede van die Suid-Afrikaanse bestel.

Die voorgestelde toepassingsraamwerk hanteer dienspraktyke voor indiensneming en dienspraktyke na indiensneming afsonderlik. Daar word gefokus op die relevante werkgewersverwete wat, in ooreenstemming met die beginsels van besigheidsnoodsaak (soos bestudeer in hoofstuk 2), uitgeoefen kan word.

Die volgende diagram gee 'n visuele voorstelling van die voorgestelde toepassingsraamwerk soos vervat in hierdie afdeling.

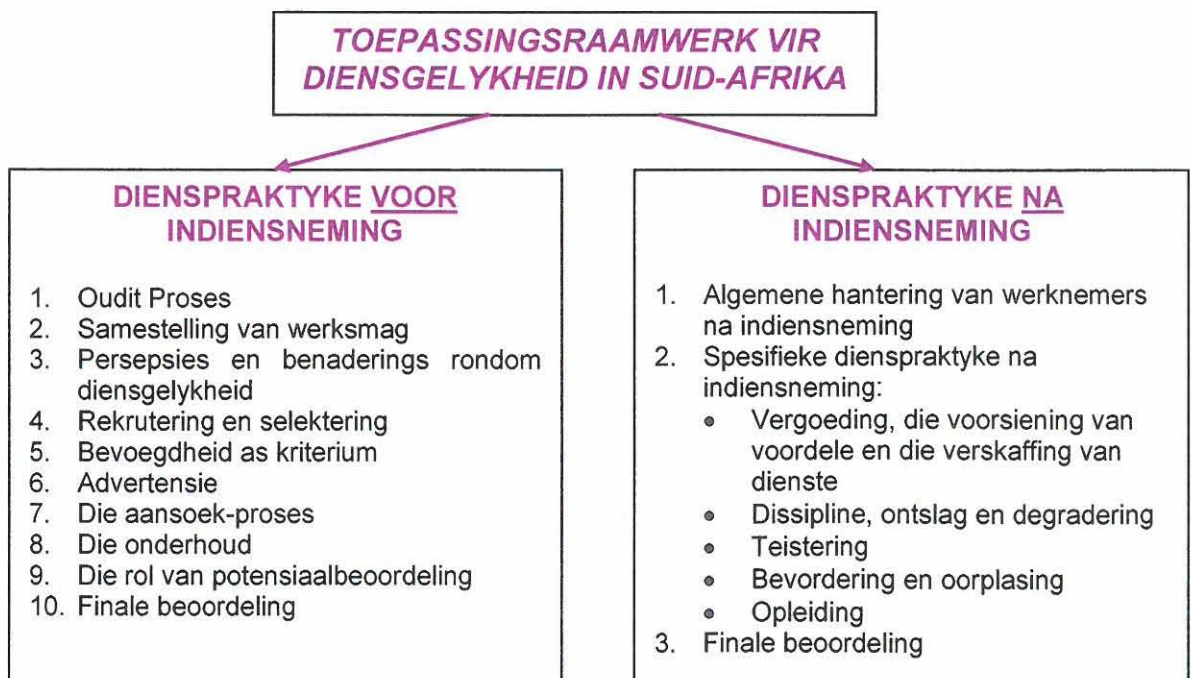


DIAGRAM 9: Toepassingsraamwerk vir Diensgelykheid in Suid-Afrika

3.1 DIENSPRAKTYKE VOOR INDIENSNEMING

Dit sal nie noodwendig altyd moontlik wees om alle vorme van diensdiskriminasie in die werksplek met onmiddellike effek te elimineer nie. Aangesien geen diensvoorwaardes sonder wedersydse instemming van die werkgewer en werknemer verander mag word nie, kan konsultasie of onderhandeling ook tydwend wees in die proses om billikheid in alle dienspraktyke te vestig. Dit is gevolglik belangrik dat die werkgewer reeds voor die stadium van indiensneming verseker dat alle dienspraktyke rondom die aanstelling van die geskikte kandidaat billik en regverdig bestuur word.

Dit is ook van kardinale belang dat die werkgewer se diensgelykheidsplan (billike werksgeleenthede plan) 'n bestuursvisie omvat, wat voorsiening daarvoor moet maak dat diensgelykheid oor 'n tydperk ingefasseer word. Gelyklopend met hierdie infasseringproses, moet daar ook 'n ondersoek geloods word rondom regverdigingsgronde vir bestaande en/of toekomstige diskriminerende praktyke. Indien diskriminerende praktyke bevind word om in ooreenstemming te wees met die leerstuk van besigheidsnoodsaak, moet hierdie regverdiging gemotiveer word en as sodanig geïnkorporeer word tot die diensgelykheidsplan. (Vergelyk hoofstuk 2 se slotparagraaf vir 'n samevatting van die besigheidsnoodsaak-verweer se elemente)

In hierdie proefskrif is elemente van die vae boni mores ontleed vanuit 'n utilitaristiese oogpunt, ten einde inhoudelike betekenis te gee aan die beginses van billikheid en besigheidsnoodsaak in die Suid-Afrikaanse arbeidsreg. Soos hierbo aangetoon, bevestig die *Employment Equity Act 1998* en die *Promotion of Equality and the Prevention of Unfair Discrimination Act 2000* die universele toepassing van gelykheidsbeginsels in die werksplek, maar word daar deur skrywer aan die hand gedoen dat werkgewersverwere nie omvattend genoeg in bestaande wetgewing vervat is nie. (Verwys in hierdie verband ook na die drie konsep wette wat hierbo ingesluit is vir beoordeling.) Die bestaande wette is nie defektief uit hoofde van hulle onvolledigheid nie, maar moet dit as inbegrepe gelees word tot die bepalinge van die wette dat werkgewers nie voorsien word van 'n las wat nie volstrek nodig is nie.

Die mislukking van 'n diensgelykheidsplan presenteer dikwels eers *ex post facto*, byvoorbeeld uit verlaagde produksie weens swak aanstellings of emosionele trauma na seksuele teistering. Die werkgewer se verpligting lê dus nie alleen in die opstel van 'n plan nie, maar ook om 'n proses van implementering te volg wat groter en omvattende implementering van gelykheid in die generiese sin in alle fasette van die werksplek verseker. Ten einde hierdie verpligting na behore te volvoer, word aan die hand gedoen

dat die werkgewer die voortbestaan en sukses van die besigheid steeds as doelwit stel. Die inherente vereistes waaraan voldoen moet word ten einde hierdie doelwit te bereik, sal besigheidsnoodsaak konkretiseer.

Gegee die behoefte aan 'n behoorlike proses van implementering van diensgelykheid, kan die werkgewer byvoorbeeld die sukses van 'n diensgelykheidsplan verseker deur opleiding van werknemers rondom hulle regte in die werksplek. Die werknemer moet presies bewus wees van die institusionele kanale en amptelike grieweprosedures waarvan gebruik gemaak kan word in gevalle van beweerde diskriminasie of teistering.

Dit volg uit bogaande bespreking dat, alhoewel daar nie in Suid-Afrika spesifieke wetsbepalings rondom die onderskeie vorme van diensdiskriminasie bestaan nie, die generiese inhoud (soos vergestalt in die vergelykende regspraak en wetgewing) van die betrokke diskriminasie-vorme toegepas kan word in Suid-Afrika. Soortgelyk volg dit dat die werkgewersverwere, soos uitgekristalliseer in die vergelykende regspraak en wetgewing, geïmplementeer kan word deur die Suid-Afrikaanse werkgewer in soverre dit in ooreenstemming is met die fundamentele oogmerke van die grondwet.

3.1.1 OUDIT PROSES

In die toepassing van diensgelykheid in die Suid-Afrikaanse werksplek, moet daar prosedureel korrek te werk gegaan word. Die volgende fases van die oudit proses, behoort planmatig geïmplementeer te word.

3.1.1.1 Ondersoek van werksmag-data

Afhangende van die kompleksiteit van die betrokke organisasie, word aan dit aan die hand gedoen dat 'n omvattende profiel saamgestel word uit die beskikbare data.⁴ Die volgende tipe inligting kan as primêre data gebruik word:

- (a) Indeling per poskategorie van werknemers: hoeveelheid blanke man vs. swart persone vs. vrouens vs. gestremde persone. Ook die "swart" kategorie

⁴ Artikel 19 van die *Employment Equity Act* vereis 'n beperkte analise, suiwer daarop ingestel om die gelykheidsprofiel van die instelling te bepaal. Artikel 19 bepaal soos volg:

- "(1) *A designated employer must collect information and conduct an analysis, as prescribed, of its employment policies, practice, procedures and the working environment, in order to identify employment barriers which adversely affect people from designated groups.*
- (2) *An analysis, conducted in terms of subsection (1) must include a profile, as prescribed, of the designated employer's workforce within each occupational category and level in order to determine the degree of underrepresentation of people from designated groups in various occupational categories and levels in that employer's workforce."*

beoordeel verder verdeel te word tussen kleurling en swart, terwyl spesifieke statistiek rondom Indiërs nie agterweë gelaat moet word nie;

- (b) Prestasie beoordelingsisteme;
- (c) Salarisstrukture – waar kategoriesalarisskale ter sprake is;
- (d) Minimum lone, gemiddelde lone en maksimum lone per poskategorie;
- (e) Individuele salarisskale;
- (f) Statistiek rondom insentiewe en oortyd;
- (g) Statistiek rondom verhogings, opleiding, oorplasings, ensovoorts;
- (h) Volledige uiteensetting van kern besigheidshandelinge en –praktyke wat redelikerwys noodsaaklik is om die besigheid dryf, met 'n uiteensetting van watter poste (of gedeeltes van poste) hier ter sprake is en watter persone in hierdie opsig 'n noodsaaklike diens verrig.

3.1.1.2 Ondersoek van diensvoorwaardes en byvoordele

Die volgende substantiewe aangeleenthede behoort oorweeg te word vir doeleindes van 'n prognose in die analise:

- (a) Kategorieë werknemers, en ook (waar vakbonde figureer) die kollektiewe onderhandelingsseenhede⁵;
- (b) Die inhoud van die gewone dienskontrak (ingesluit verlof, werksure, oortyd, vakansiewerk, skofwerk, dissiplinêre prosedures en ontslag);
- (c) Aspekte wat die onderwerp van kollektiewe onderhandeling mag wees (byvoorbeeld bonus, behuising, pensioen ensovoorts)

3.1.1.3 Ondersoek van finansiële – en menslike hulpbronne

'n Sterk verbintenis tot diensgelykheid by werknemers op alle vlakke word benodig ten einde 'n diensgelykheidsprogram te laat slaag.⁶ 'n Oudit van benaderings en persepsies is van kritieke belang vir 'n effektiewe analise van die organisatoriese kultuur en sal die werkgewer in staat stel om die wyse van implementering van enige diensgelykheidsplan takties korrek te bepaal.

⁵ Sien Thomas A, 1999: 70 waar gewaarsku word dat kollektiewe ooreenkomste hersien moet word, aangesien dit ook onbillike diskriminasie kan bevat waar een groep werknemers meer superior voordele (op grond van ras, geslag of gestremdheid) gebied word as 'n werknemers uit 'n ander groepering.

⁶ Sien Human L, 1999: 55-57. Sien ook soortgelyke bespreking in Thomas A, 1999: 19.

3.1.1.4 Dienspraktyke

Dienspraktyke, soos gevind kan word in bestuursbeleid of menslike hulpbronsprosedures, moet ondersoek word ten einde die bestaan en graad van diskriminasie te bepaal. Diensprosedures kan ook deel uitmaak van die institusionele reëls, gevestigde delegasies, grondwette van komitees of selfs gedragskodes. Dit is belangrik dat alle institusionele prosedures billik, regverdig en konsekwent op alle werknemers toegepas word.

In die ondersoek van dienspraktyke moet enige diskriminasie ook gemeet word aan die parameters van die **verwere** tot beskikking van die werkgewer. Die organisasie se sterk en swak punte moet soortgelyk ondersoek word, ten einde geskikte pro-aktiewe stappe te inkorporeer tot die diensgelykheidsplan.

Die werkgewer moet dus in staat wees om die werksplek se globale gedragspatrone te motiveer. Dit moet duidelik aangetoon kan word deur die werkgewer dat die vlak en aard van gedragsmaatreëls die groter gemeenskap reflekteer en nie een groepering bo 'n ander bevoordeel nie. Die werkgewersverwere moet ook in hierdie verband die doelwitte van die diensgelykheidsplan, sowel as die vordering in die bereiking van sodanige doelwitte, kan verdedig.

Die diensgelykheidsdoelwitte, soos beliggaam in die diensgelykheidsplan, moet elk beliggaam word in 'n "dienspraktyk". Die *Employment Equity Act* verskaf nie in hierdie verband 'n beperkte stel definisies nie⁷, en word dit aan die hand gedoen dat die volgende dienspraktyke as 'n vertrekpunt beoordeel word:

(i) *Rekruteringsprosedures;*

⁷ "Employment policy or practice" word deur die *Employment Equity Act* gedefinieer as: ...includes, but is not limited to –

- *Recruitment procedures, advertising and selection criteria;*
- *Appointments and the appointment process;*
- *Job classification and grading;*
- *Remuneration, employment benefits and terms and conditions of employment;*
- *Job assignments;*
- *The working environment and facilities;*
- *Training and development;*
- *Performance evaluation systems;*
- *Promotions;*
- *Transfer;*
- *Demotion;*
- *Disciplinary measures other than dismissal; and*
- *Dismissal.*

- (ii) *Advertensies;*
- (iii) *Seleksie kriteria;*
- (iv) *Aanstellingsprosedures;*
- (v) *Posklassifikasie en –gradering;*
- (vi) *Vergoeding;*
- (vii) *Diensvoorwaardes en voordele (ingesluit voordele soos motorskema, behuising, werknemersversekering);*
- (viii) *Werkstoedelings;*
- (ix) *Werksumgewing;*
- (x) *Fasiliteite;*
- (xi) *Opleiding en ontwikkeling, wat insluit “staff progression programmes”;*
- (xii) *Posevaluering;*
- (xiii) *Prestasie evaluering;*
- (xiv) *Bevordering;*
- (xv) *Oorplasing;*
- (xvi) *Degradering;*
- (xvii) *Dissiplinêre prosedures voor ontslag;*
- (xviii) *Ontslagprosedures.⁸*
- (xix) *Mediese Fonds lidmaatskap;*
- (xx) *Pensioen;*
- (xxi) *Jaarlikse en meriete bonusse;*
- (xxii) *Verlof;*
- (xxiii) *Grieweprosedure;*
- (xxiv) *Diensbeëindiging op grond van operasionele vereistes;*
- (xxv) *Werksure;*
- (xxvi) *Toekennings;*
- (xxvii) *Formulering van amptelike dokumente;*
- (xxviii) *Toeganklikheid van persele vir gestremde persone;⁹*
- (xxix) *Bywoning van sosiale funksies;*
- (xxx) *Organisatoriese kultuur¹⁰;*
- (xxxi) *Afsonderlike praktyke, funksies, fasiliteite vir persone van verskillende rasse of geslagte (met aanduiding van die rede daarvoor);*
- (xxxii) *Enige bestaande regstellende aksie program(me).*

⁸ Sien vorme van ontslag, soos bespreek deur Levy A, 1998: 19.

⁹ Sien die “*deemed-to-Satisfy Rules*” vervat in die Praktykskode gepubliseer deur die Suid-Afrikaanse Buro vir Standaarde 1990: 152-155.

¹⁰ ‘n Onlangse studie toon aan dat subtile diskriminasie deur middel van die organisatoriese kultuur een van die redes is vir werksmobiliteit onder swart bestuurders. Sien Thomas A, 1999:1

Die vergoedingsstelsel staan kardinaal tot die onderhawige oudit. Waar die struktuur van die vergoedingsstelsel beoordeel word, moet dit duidelik wees dat die beginsel van gelyke betaling vir werk van gelyke waarde toegepas word. Vergoedingskale en enige differensiasie in vergoeding moet op hierdie beginsel gebaseer wees.

3.1.2 WERKSMAG SAMESTELLING

Die vernaamste doelwit van 'n diensgelykheidsprogram is om te verseker dat die besigheid of organisasie die nasionale en regionale demografiese samestelling van ekonomies aktiewe persone uit aangewese groeperinge dwarsdeur alle poskategorieë reflekteer. 'n Statistiese analise van die bestaande werksmag moet ook insluit 'n vergelyking tussen die demografiese verteenwoordiging binne die beroepskategorieë in die werksmag en die nasionale/regionale demografie van persone uit aangewese groepe wat redelikerwys beskou kan word as kandidate vir diens of bevordering.

Sodanige statistiese analise sal 'n basis kan vorm vir die formulering van organisatoriese doelwitte en tydtafels rondom die verbetering van die posisie van swart persone, vrouens en gestremdes.¹¹ Daarby sal die analise vergelykende inligting daarstel sodat enige verandering in die organisasie op 'n vergelykende basis gemonitor en geëvalueer kan word.

Sekere tipe data word vereis ten einde behoorlike inter-organisasie vergelykings te kan tref, naamlik "voorraad"-data, "vloei"-data en "besikbaarheids"-data:

- (i) *"Voorraad"-data dui aan waar persone van aangewese groeperinge in diens is by die organisasie, hulle status, salarisse, en hulle poste.*
- (ii) *"vloei"-data dui die beweging van lede van aangewese groeperinge deur die organisasie aan; impliserende die relatiewe verspreiding van swart persone, vrouens en gestremdes in terme van werksaansoeke, rekrutering, seleksie, opleiding, bevordering, bedanking en diensbeëindiging.*

¹¹ Sien Human L, 1999: 53 vir bespreking van institusionele veranderinge as insluitende:

- (i) die vlak waar vrouens, swart persone en gestremdes in 'n organisasie werksaam is;
- (ii) die kwalifikasie vlak van vrouens, swart persone en gestremdes;
- (iii) die tydperk van diens van vrouens, swart persone en gestremdes;
- (iv) die loopbaan bevordering van vrouens, swart persone en gestremdes.

- (iii) *“Besikbaarheids”-data dui die aantal gekwalifiseerde swart persone, vrouens en gestremdes aan, soos beskikbaar in die betrokke area of in bepaalde geografiese gebiede.*¹²

Dit word aan die hand gedoen dat die volgende vier basiese stappe gebruik word in die proses om die vermelde werksmag statistiek te versamel en te analiseer vir doeleindes van inter-organisasie vergelykings.¹³

3.1.2.1 Samestelling van Werksmag profiel:

Hierdie profiel sentreer rondom statistiek van posities, salaris, ras, geslag en gestremdheid van alle werknemers in die werksmag. Verteenwoordiging in hoë vlak posities, verspreiding oor departemente of afdelings, en die plasing in posities met bevorderingsmoontlikhede is hier van kernbelang.

3.1.2.2 Samestelling van Werksgroep profiel:

Vir doeleindes van die samestelling van hierdie profiel, moet die informasie rondom die werksmag gekategoriseer word in breë posvlak groeperinge, byvoorbeeld senior bestuur, middel bestuur, junior bestuur, klerklike werknemers, tegniese werknemers, adviseurs, dienswerknemers ensovoorts. Hierdie profiel sal aantoon tot watter mate daar ‘n konsentrasie van persone uit bepaalde groeperinge in spesifieke departemente is, en sal ook ‘n aanduiding gee of die besoldiging van werknemers uitvoering gee aan die beginsel van gelyke betaling vir werk van gelyke waarde.¹⁴

Aangesien die hiërargie in die werksopset nie misken kan word nie, sal status en vergoeding noodwendig wissel afhangende die posisie in die werksplek. Die beginsel van gelykheid moet aldus versoen word met organisatoriese doeltreffendheid en klem moet op die daarstelling van geleenthede geplaas word. Die werksgroep profiel behoort dienoreenkomstig aan te dui in watter mate praktyke bestaan wat die bevordering of volle genieting van die reg op gelyke geleenthede ingeperk word. Die kriteria rondom beoordeling van die inherente vereistes van die werk (insluitende die kategorisering van

¹² Sien Ontario Women’s Directorate (OWD), 1989:1

¹³ Ontario Women’s Directorate, 1989:1, soos aangehaal in Human L, 1999: 53. Sien ook Australian National Audit Office, 1999: 8-10, <http://www.anao.gov.au/>

¹⁴ Sien Human L, 1999: 54-55. Sien ook bespreking van die gaping tussen manlike en vroulike werknemers in New South Wales, waar die vrou se konsentrasie in deeltydse en tydelike poste as een van die faktore beskou word vir die differensiasie in gelyke betalings. (New South Wales, 1999: 2.

die vlakke van bestuur) en die nexus met meriete en vermoëns moet aan die hand van die werksgroep profiel saamgestel en gekorrigeer word.

3.1.2.3 Samestelling van Besikbaarheids-profiel:

Die beskikbaarheids-profiel het ten doel om aan te dui in watter mate die werksgroep-profiel ooreenstem met die beskikbare hoeveelheid gekwalifiseerde persone vanuit aangewese groeperinge in die arbeidspoel. Hierdie profiel moet ook aandui in watter mate daar interne werknemers is wat oor die betrokke kwalifikasies beskik vir senior poste, of wie die potensiaal het om in daardie spesifieke poste ontwikkel te word. Besikbaarheid slaan aldus nie alleen op eksterne hulpbronne nie, maar ook interne potensiaal.

Die beskikbaarheids-profiel behoort as 'n resultaat onderverteenvoordiging uit te wys, en as motivering te dien vir die korrigerende van rekruterings- en ander diensbeleide ten einde die verteenwoordiging van aangewese groeperinge in die werksplek te verbeter.¹⁵ In hierdie verband behoort oorweging geskenk te word aan die doen van verskeie vergelykende evalueringe, ten einde vas te stel hoe goed die betrokke besigheid of organisasie se ontwikkeling is in vergelyking met ander besighede wat in dieselfde sektor opereer. Die *Breakwater Monitor*, soos geadministreer deur die *Graduate School of Business, University of Cape Town*, voorsien statistiek rondom diensgelykheidspraktyke deur data te analiseer soos verskaf deur meer as 170 Suid-Afrikaanse maatskappye. Sowel die *Black Management Forum* as die *National African Federated Chamber of Commerce and Industry* verskaf ook gedetailleerde data rondom ideale werksmag distribusie.¹⁶

Vir doeleindes van effektiwiteit, en ten einde 'n haalbare eindresultaat daar te stel, moet die unieke vereistes soos gestel aan 'n werknemer in 'n betrokke afdeling, gerespekteer word. Die rol van die toesighouer en afdelingshoof moet aldus verreken word tot die samestelling van 'n realistiese doelwit-profiel. In ooreenstemming met internasionale beste praktyke¹⁷, word dit aan die hand gedoen dat die departementele bestuurder ook geëvalueer word op grond van sy vordering met die bereiking van sodanige doelwit-

¹⁵ Ibid. Sien ook bespreking van "produktiwiteits-onderhandelinge" as 'n medium om die beskikbaarheidsprofiel uit te brei deur MacDermott, K, 1993.

¹⁶ Sien *Breakwater Monitor*, 1999:1. Sien ook *Black Management Forum*, 1993:1 en soortgelyke bespreking deur Leaf M, 1994: 44.

¹⁷ Sien die klem op beleidsformulering in Truter L, 1999: 5-6 as een van die wyses om 'n doelwit te formuleer en so aan die wetlike verpligting te voldoen

profiel. Die ware verbintenis deur alle toesighouers tot die transformasie-proses word dus weereens bevestig as uiters belangrik.

3.1.2.4 Samestelling van Werkstransaksie profiel:

Die werkstransaksie-profiel dui die vordering in die organisasie aan van persone uit aangewese groeperinge. Hierdie vordering kan geskied by wyse van bevordering, oorplasing, opleiding of ander vorm van blootstelling en/of deelname aan bestuursprosesse. Hierteenoor behoort die degradering en gebrek aan blootstelling van persone uit aangewese groeperinge ook geanaliseer te word.¹⁸

'n Analise moet voorts getrek word van lede uit die aangewese groeperinge wat onsuksesvol was met 'n aansoek om betrekking, bevordering of ander vorm van opheffing van die individu. Die redes hiervoor moet ondersoek word, en redelike akkommodasie moet in alle gevalle oorweeg word. Dit is belangrik dat struikelblokke tot aanstelling en ontwikkeling van swart persone, vrouens en gestremdes geïdentifiseer word, ten einde toepaslike beleide en praktyke aan te pas.¹⁹

3.1.3 PERSEPSIES EN BENADERINGS RONDOM DIENSGELYKHEID

Deur die persepsies en benaderings rondom diensgelykheid te oudit, word die kritieke areas wat sukses van 'n diensgelykheidsprogram kan fnuik, geïdentifiseer. Die doel van die oudit moet in hierdie verband daarop afgestem wees om betrokkenheid en 'n verbintenis tot diensgelykheid dwarsdeur die organisasie te bewerkstellig, en so die rol van lynbestuur, die organisatoriese kultuur, menslike hulpbronne en eksterne agentskappe duidelik te definieer.²⁰

Wat betref die regering se betrokkenheid, merk *Porter*²¹ tereg op dat die staatsdiens nie kompeterende industrieë kan skep nie, en dat hierdie doel vir die privaat sektor gereserveer word. Tot dien effek, behoort die private werkgewer strategie te bepaal ten einde diensgelykheid in die werksplek in ooreenstemming te bedryf met die organisatoriese inisiatiewe wat 'n kompeterende arbeidsmark ten doel het. Besigheidsnoodsaak behoort aan die hand van sodanige korporatiewe inisiatiewe

¹⁸ Sien Human L, 1999: 55

¹⁹ Ibid.

²⁰ Sien Harn TJ & Thornton GC, 1985: 57-65 rondom die rol van Menslike Hulpbronne in rekrutering. Sien ook Human L, 1999: 57

²¹ Sien Porter ME, 1990:72-93

geformuleer te word, terwyl 'n diverse werknemerskorps geantisepeer moet word in die daarstelling van 'n kompeterende bestuursplan.

Die besigheidsimperatief word ook sterk ondersteun deur *Wilson*, wat die kritieke sukses faktor in 'n gelykheidsinisiatief beskryf as die aanvaarding van 'n gelykheidstrategie as 'n integrale deel van die besigheid se strewe na volgehoue winsgewendheid of sukses:

"The business case for equity begins with the assumptions inherent in expectancy theory, that is, an equitable employment system will lead to a higher level of employee satisfaction, which will lead to a higher level of employee commitment. We can measure employee commitment in two ways: rates of retention and productivity".²²

Dit volg uit bogaande bespreking dat die proses om diversiteit te bestuur as 'n proses komplementêrend tot die daarstelling van diensgelykheidsmaatreëls ontwikkel moet word. Slegs deur so 'n gekombineerde bestuurstrategie sal die arbeidsveld behoorlik getransformeer kan word ten einde gelykheidsinisiatiewe doeltreffend te kan absorbeer. *Thomas* dui in hierdie verband aan dat:

"While 'leading diversity' is, ultimately, simply good people management, 'managing diversity' is in essence "a planned, systematic and comprehensive managerial process for developing an organisational environment in which all employees, with their similarities and differences, can contribute to the strategic and competitive advantage of the organisation, and where no-one is excluded on the basis of factors unrelated to productivity".²³

Ten einde vermelde diversiteit behoorlik te kan bestuur, moet die organisatoriese persepsie rondom "vergoeding" vasgestel word. In hierdie verband bepaal *konvensie 100 van die Internasionale Arbeidsorganisasie* dat vergoeding gedefinieer word as *"the ordinary basic or minimum wage or salary and any additional emoluments whatsoever payable directly or indirectly, whether in cash or in kind by the employer to the worker and arising out of the worker's employment"*. Aangesien Suid-Afrika tans lid is van die Internasionale Arbeidsorganisasie vorm hierdie konvensie ook deel van die oogmerke

²² Wilson T, 1996:32

²³ Thomas A, 1996:1. Sien ook Thomas RR (Jr): 1991 rakende die bestuur van diversiteit. Sien ook bespreking in hierdie verband van die swart ekonomiese bemagtigings-beweging in Suid-Afrika deur Madi PM, 1997. Sien ook verder Goosen N, 1997, rondom 'n gevallestudie van holistiese bestuurders in Suid-Afrika.

van regeringsbeleid, en is die bepalinge vervat in die konvensie bindend op die Suid-Afrikaanse werkgewer. Skrywer wil aan die hand doen dat, aangesien byvoordele en ook ander institusionele voorregte 'n finansiële implikasie vir die werkgewer het, die globale vergoedingspakket verreken moet word in die analise van besoldiging in die werksplek.

Ook ten aansien van gestremde persone, moet persepsies rondom struikelblokke in die weg van aanstelling en bevordering van die gestremde persoon ondersoek word. In hierdie verband bepaal *konvensie 159 van die Internasionale Arbeidsregorganisasie* (in ooreenstemmende terme as die EEA) dat 'n gestremde persoon gedefinieer word as *"an individual whose prospects of securing, retaining and advancing in suitable employment are substantially reduced as a result of a duly recognised physical or mental impairment"*. Volgens hierdie konvensie moet spesiale maatreëls ingestel word ten einde areas van gelyke geleentheid en behandeling in die werksplek te bevorder.²⁴

'n Ander aspek wat dikwels met botsende gevoelens in die werksplek ontmoet word, is die respektering van familie verantwoordelikhede. Persepsies rondom diskriminasie teenoor werknemers met familie verantwoordelikhede moet sensitief benader en gemeet word, met die doel om beleid te implementeer waardeur verwarring en ongegronde vrese uit die weg geruim word. Institusionele prosedures kan insluit maatreëls ten einde gemeenskapsdiens te bevorder, die daarstel van kinder- of familie versorgingsfasiliteite en die instel van fleksietyd.²⁵

Ten einde die strategie rondom die implementering van gekontroleerde diensgelykheid af te rond, word voorgestel dat die persepsies en benaderings teenwoordig in die werksplek versoen word deur 'n proses van konsultasie. Hierdie proses kan gefasiliteer word deur die gebruik van bestaande verteenwoordigende gespreksforums, of die skepping van verteenwoordigende diensgelykheidskomitees.²⁶ Deur alle rolspelers te betrek in die proses, sal duidelik geartikuleerde rolverantwoordelikhede daargestel kan word, welke die moniterings- en evalueringsprosesse sal vergemaklik. Alhoewel die finale verantwoordelikheid vir die formulering, kommunisering en monitering van die diensgelykheidstrategie by die werkgewer berus, moet evalueringsprosesse dus daarvoor voorsiening maak dat kontinue toesig en beheer gedentraliseer word met periodieke verslaggewing aan die hoof uitvoerende beampte.

²⁴ International Labour Convention 159.

²⁵ Sien ook International Labour Convention 156 wat ten doel het om effektiewe gelykheid van geleentheid te verseker, insluitende die daarstelling van gelyke behandeling van mans en vrouens met familie verantwoordelikhede.

²⁶ Sien ook Human L, 1999: 57, 61-63.

Verder word dit ook voorgestel dat kommunikasie van die ooreengekome diensgelykheidstrategie, en enige verbandhoudende gedragskodes, met die ganse werknemerskorps (in geïdentifiseerde groepe of individueel) geskied, met spesifieke verwysing na die doel en rede agter die oefening. Die rol van die besigheidsplan van die instelling, en die wyse waarop werknemers hulle onmiddellike praktyke en gedrag moet aanpas, moet uitgestip word. Tydsraamwerke vir evaluering van die bereiking van diensgelykheidsdoelwitte moet gekonsulteer word, terwyl moniteringsmeganismes ingestel moet word ten einde die sukses te meet van maatreëls of prosedures wat die handhawing van gelykheid in die werksplek ten doel het.

3.1.4 REKRUTERING EN SELEKTERING

Die beginsel van diversiteit in bestuur behoort reeds na vore te kom tydens die proses van rekrutering en selektering. Dit is noodsaaklik dat die werkgewer 'n strategiese verband bewerkstellig tussen korporatiewe doelwitte en aanspreeklikheid vir die uitkoms van die rekruteringsproses. Een moontlikheid wat oorweeg kan word, is die gebruik van 'n rekruteringsagentskap, van wie bepaalde resultate verwag word in die rekrutering van werknemers. Sodanige agentskap moet noodwendig 'n verbintenis tot diensgelykheid daarstel, en moet ook voldoen aan die verwagte standarde ten aansien van gelykheidsopleiding van sy eie werknemers. Daar moet ook sonder diskriminasie en bevooroordeelning gelyke geleentheid gegee word aan alle beskikbare agentskappe om deel te neem aan die rekruteringspoging of om in hierdie verband 'n tender²⁷ by die werkgewer in te dien.

Indien daar van 'n agentskap gebruik gemaak sou word in die rekruteringsproses, behoort die agentskap 'n behoorlike profiel van nie alleen die gerekruteerde kandidate nie, maar ook 'n volledige profiel van die proses van rekrutering wat gevolg is deur die agentskap, deur te gee. Belangrike inligting in hierdie verband sal insluit besonderhede oor die afsetgebied van die agentskap se reklameveldtog, statistiek rondom beskikbare applikante (voor en na spesifieke rekrutering), meganismes of metodes aangewend deur die agentskap in die rekruteringsproses, en die hoeveelheid tyd gespandeer in die rekrutering van applikante.

²⁷ Dit moet egter in ag geneem word dat die reëls van die Administratiefreg ter sprake kom sodra 'n tender uitgeplaas word.

Ongeag die gebruikmaking van 'n agentskap al dan nie, word dit aan die hand gedoen dat die verbandhoudende Menslike Hulpbron²⁸ beleide en -prosedures binne 'n doeltreffende bestuurstruktuur moet opereer, waardeur die volledige rekruterings- en selekteringspraktyk geïntegreer en geharmoniseer word. Hierdie struktuur moet die konteks van rekrutering en selektering bepaal, insluitende die beoordeling van kandidate en die finale aanstelling. Integrering en harmonisering sal afgehandel wees wanneer geen diskriminerende praktyk in die instelling of werksplek geïdentifiseer kan word nie.

3.1.5 BEVOEGDHEID AS KRITERIUM

Deurdat die EEA voorsiening maak vir die verweer van "inherente vereistes van die werk", word die fokus geplaas op die diskwalifikasie van 'n applikant weens ongeskiktheid. Indien die applikant naamlik nie voldoen aan die kriteria soos geformuleer aan die hand van die inherente vereistes van die werk nie, sal die applikant as onbevoeg vir doeleindes van die werk beskou kan word. Die beginsel van bevoegdheidsgebaseerde rekrutering en selektering moet egter binne die parameters van organisatoriese verandering, wysigings in posinhoud, tegnologiese veranderinge en markaanwysings beoordeel word.²⁹

Op hierdie stadium is daar geen wetgewing wat die werkgever verbied om bepaalde dienste of afdelings in 'n werksplek uit te kontrakteer nie, en is die arbeidswetgewing, met die uitsluiting van arbeidsmakelaars, nie van toepassing op enige uitgekонтakteerde werknemer of besigheid nie. Indien die werkgever dus sy besigheid rondom die kernprosesse of kernfunksies sou organiseer, kan die hoeveelheid werknemers sonder diskriminasie beperk word.³⁰ Dit volg ook logieserwys dat poste geassosieer met die kernfunksies van die besigheid noodwendig makliker aan hoër kwalifikasies en ander vereistes onderwerp kan word, as standaardfunksies soos skoonmaakdienste en administratiewe werknemers wat in die meeste besighede aangetref word.

²⁸ Die Menslike Hulpbron Departement is 'n afdeling wat verkieslik direk aan die Hoof Uitvoerende Beambte of werkgever moet rapporteer, en wat belas is met die bestuur en beheer van alle menslike hulpbronbeleide en -prosedures in die instelling of werksplek.

²⁹ Sien Drucker PF, 1992 vir 'n betoog rondom rasionalisering en effektiewe gevolg van minder werknemers wat beter betaal word. Sien ook Hutten W, 1994 waar aangedui word dat die druk op bankinstellings 'n gereserveerde benadering ten opsigte van langtermyn lenings tot gevolg het in die Verenigde Koninkryk.

³⁰ Sien Bridges W, 1995 waarin die tradisionele rol van die bestuurswerknemer as sodanig gewysig vertolk word, dat die gebruik van interorganisasoriese hulpbronne onafwendbaar blyk. Ook Lawler EE, 1993 redeneer ten gunste van prosesdenke, teenoor individu-denke.

Ten einde te verseker dat die werkgewer ten volle geposisioneer is om te verseker dat werknemers aan die vereiste voorwaardes en uitsette voldoen, word daar aan die hand gedoen dat die gebruik van vastetermyn kontrakte in geskikte sleutelposisies ernstige aandag geniet, terwyl die tradisionele denkrigting van "werksekuriteit in ruil vir lojaliteit" heroorweeg moet word. Ook die beginsel van "betaling vir werklike waarde" impliseer dat hierdie histories-psigologiese benaderings van sowel die werkgewer as werknemer op die agtergrond geskuif kan word. Van werknemers kan prestasie en "geskiktheid vir die werk" verwag word, terwyl daar van die werkgewer "gelyke betaling vir werk van gelyke waarde" verwag word.³¹

Dit blyk uit bogaande uiteensetting dat die daarstelling van 'n sisteem waarvolgens die Menslike Hulpbronaafdeling van 'n organisasie (of die werkgewer in kleiner besighede) die inherente vereistes en vaardighede vir 'n betrokke pos kan bepaal, onafwendbaar is. In hierdie verband behoort die nuutste tegnologie verreken te word, en behoort kandidate beoordeel te word binne die werksfeer waarin die suksesvolle kandidaat sal funksioneer. Die inherente vereistes van die werk moet gevolglik meetbaar wees op stadium van rekrutering, en sodanige meting moet geskied op die tegnologiese vlak waarop die werkgewer funksioneer.³² Voorbeelde hiervan kan insluit:

- 'n Tik- en Rekenaartoets vir 'n Sekretaresse of Klerk op die rekenaar en sagteware wat deur die werkgewer gebruik word;
- 'n Skyn-lesing wat deur 'n nuwe dosent aan 'n klas gebied word ten einde sy kennis, kommunikasie en ander relevante onderrigvermoëns te toets – 'n ware klassituasie moet geskep word met die tegnologie wat na aanstelling gebruik moet word, tot beskikking van die kandidaat;
- Die afneem van 'n notule (van 'n werklike of skyn vergadering) deur applikante wat aansoek doen om aanstelling as 'n sekretaris.

Groter klem word in groter besighede (meer as 50 werknemers) geplaas op die etiek en 'n institusionele gedragskode (teenoor reëls en regulasies), wat die werkgewer in staat kan stel om beoordelings van integriteit en betroubaarheid te inkorporeer tot die selekteringsproses. Dit is egter steeds van belang dat die werkgewer die nexus tussen die etiese verwagting en die inherente vereistes van die betrokke werk duidelik

³¹ Sien bespreking van hierdie revolusionêre denkrigting rondom die kontraktuele verwagting in die werksplek deur Herriot P & Pemberton C, 1995. Sien ook bespreking rondom die vrou se kontraktuele verwagting in die werksplek deur Cory F, 1994:64. Sien ook soortgelyke bespreking van die diversiteitskomponent in die Verenigde Koninkryk deur Kandola RS & Fullerton J, 1994.

³² Sien Payne T, 1995: 205-206 rondom die rekrutering van gestremde persone. Sien ook Alkhader O et al, 1994: 169-187 rondom die gebruik van rekenaars in die rekruteringsproses. Sien verder ook Bartram, D 1995: 73-74 vir soortgelyke bespreking.

aantoon.³³ Etiese gedragskodes, anti-diskriminasie werkspraktyke, inherente vereistes van 'n werk en werksplekooreenkomste kan gesamentlik die bestuur van diversiteit in die werksplek verbeter en so 'n meer effektiewe diensbillikheidsprogram verseker.

In die bepaling van die inherente vereistes van 'n werk, moet die psigologiese aspekte wat die werkgewer in die betrokke werk vereis, ook verreken word. *Boyatzis* beskryf drie vlakke van bevoegdheid, welke die verskillende aspekte meet van die individu se toepassing van 'n bepaalde vereiste van 'n werk, as volg:

- “(i) *motive and trait*
- (ii) *self-image and social role*
- (iii) *skil* ”. ³⁴

Waar *Boyatzis* die karaktereienskappe van toppresteerders probeer identifiseer het, het die regering in die Verenigde Koninkryk 'n ander benadering begin volg, deur die minimum standaard van werksprestasie nasionaal te verhoog. Die *National Council for Vocational Qualifications (NCVQ)* fokus in hierdie verband om take en die verwagte uitkoms van 'n werk te definieer.³⁵ Daar word aan die hand gedoen dat besigheidsnoodsaak gevoeg word tot die kriteria waarvolgens bepaal word of 'n betrokke vereiste inherent noodsaaklik is. Dit word aan die hand gedoen dat die raamwerk waarbinne inherente vereistes van 'n werk bepaal word, 'n mengsel insluit van:

- (i) gedragsvereistes,
- (ii) waardes,
- (iii) take,
- (iv) aspirasies,
- (v) persoonlikheidseienskappe, en
- (vi) besigheidsnoodsaak.

Die volgende inherente vereistes kan, afhangende die vlak van die betrokke pos, ook as deel van die raamwerk gebruik word:

- (i) *kommunikasie*

³³ Sien Baldry C & Fletcher C, 1997: 3-6 rondom selektering op grond van integriteit. Sien ook Lunn T, 1995: 7-10 vir soortgelyke bespreking.

³⁴ Boyatzis R, 1982: 28.

³⁵ Sien Whiddett S, 1996: 25-32.

- (ii) *leierskap*
- (iii) *strategiese denke*
- (iv) *analitiese denke*
- (v) *spanwerk*
- (vi) *beplanning en organisering*
- (vii) *kommersiële- en besigheidsbewustheid*
- (viii) *buigsaamheid*
- (ix) *aanpasbaarheid*
- (x) *opleidingsgerigtheid*
- (xi) *probleemoplossende denke*
- (xii) *goeie verhoudinge/ bou van verhoudinge.*³⁶

In die lig van die bespreking van die Employment Equity Act in hoofstuk 3, sal dit onwettig vir 'n werkgever wees om te diskrimineer in die inhoud van maatreëls rondom die aanstelling van 'n werknemer. Aangesien hierdie maatreëls ook van toepassing is op rekruterings- en selekteringspraktyke, moet die inherente vereistes en verwagte bevoegdhede van die betrokke werknemer nie so geformuleer word dat dit werknemers uit 'n aangewese groep direk of indirek uitsluit nie. Voorbeelde hiervan kan insluit ongeregverdigde taal- of ander toetse wat 'n ongelyke impak het op die vermoëns van vroue, swarte persone of gestremdes.³⁷

Betreffende die prosedures van rekrutering en selektering, kan daar onderskei word tussen een of meer van die volgende tegnieke:

- (i) *telefoon beoordeling*
- (ii) *beoordelingsentrums*
- (iii) *geletterdheid- en numeriese toetse*
- (vi) *persoonlikheids-vraelyste*
- (v) *vermoëntoetse*
- (vi) *curriculum vitae en getuigskrifte*
- (vii) *aansoekvorms*

³⁶ Sien Kandola RS, 1996: 31-34 vir bespreking van hierdie bevoegdhede in 'n diverse bestuuropset. Sien ook verder Fletcher C, 1996: 53-54 vir soortgelyke bespreking.

³⁷ Sien ook artikel 6(1)(a) van die "Sex Discrimination Act" in Brittanje, en artikel 4(1)(a) van die "Race Relations Act" in Brittanje. Die bepalinge rondom diskriminerende advertensies word gevind in artikel 38 van die "Sex Discrimination Act" en artikel 29 van die "Race Relations Act". Dit volg dat 'n persoon diskriminasie in 'n saak kan bewys, alhoewel hy nie kan aantoon dat hy of sy die werk sou gekry het in die afwesigheid van enige diskriminasie nie.

(viii) *onderhoude*.³⁸

Daar word aan die hand gedoen dat, afhangende van die behoefte van die werkgewer en sy organisasie, 'n kombinasie van selekteringstegnieke toegepas word. Alhoewel 'n rigiede volgorde nie voorgestel word nie, word 'n omvattende benadering van gepaste tegnieke aanbeveel.

3.1.6 ADVERTENSIE

Deur die plasing van 'n advertensie rondom 'n werksvakature, maak die werkgewer sy aanbieding aan die applikant. Twee belangrike faktore wat ter sprake kom ten aansien van diensgelykheid, is inhoud (hoe is die advertensie geformuleer) en plasing (in watter medium is die advertensie geplaas). Die kwaliteit en kwantiteit van aansoeke wat ontvang word, hang af van die medium wat gebruik word en die bewoording van die advertensie. Indien die plaaslike koerant gebruik sou word, moet dit geantisipeer word dat 'n groter gehoor toegang sal hê tot die advertensie, maar dat dit nie noodwendig die intieme aandag sal geniet van die geselekteerde mark wat eintlik beoog word nie. Die vraag is of die werkgewer verplig is om soveel moontlik aansoeke te trek, en by implikasie die medium te gebruik wat die grootste hoeveelheid mense (ongeselekteerd) bereik?

Die vereistes rondom diensgelykheid en regstellende maatreëls vereis kreatiewe denke rondom rekrutering. Skrywer wil aan die hand doen dat dit nie alleen koste-oneffektief is nie, maar ook onnodig is om ten opsigte van alle poste die plaaslike (of selfs nasionale) koerant te gebruik vir advertering. Die rekruteringspoging moet meer omvattend wees en die profiel van die geskikte kandidaat moet in besonderhede gemotiveer word. Die medium van advertering moet dan gerig wees op die gedeelte van die gemeenskap wat sal kwalifiseer, met dien verstande dat spesiale maatreëls ingestel word om te verseker dat swart persone, gestremdes en vroulike persone wat sou kwalifiseer vir die pos, ingelig word van die vakature.

Dit kan selfs oorweeg word om ook spesifieke organisasies vir swart persone, vrouens en gestremdes te kontak, en sodanige organisasies op 'n gereelde basis te voorsien van inligting rondom vakatures. Die verpligting van "redelike akkommodasie" kan deur sodanige stap nagekom word, indien die aard en netwerk van die betrokke organisasies voldoende gefokus is op die bevordering van die betrokke aangewese groepering.

³⁸ Sien Latham GP en Whyte G, 1994: 31-47. Sien ook Goffin RD, et al, 1996: 746-756 rondom die gebruik van plaaslike tegnieke vir die seleksie van bestuurswerknemers.

Indien die werknemersamestelling sodanig is dat aangewese groeperinge voldoende verteenwoordigend is in die poel waaruit geskikte kandidate gerekrut kan word vir 'n vakature, kan dit voorts oorweeg word om te volstaan met interne advertering. Deurdat bevorderingsgeleenthede op hierdie wyse geskep word vir persone uit aangewese groeperinge, kan die diensgelykheidsplan 'n tweevoudige hupstoot ontvang. Deurdat 'n persoon bevorder word, word daar verder ook geleentheid vir opleiding aan 'n nuwe persoon in die organisasie geskep.

Ten einde indirekte diskriminasie te verhoed, moet die werkgever nie sonder goeie regverdiging sy rekruteringspogings beperk tot daardie agentskappe of afsetgebiede wat primêr persone uit histories bevoordeelde groeperinge as applikante produseer nie.³⁹ Uitsluitende advertering (sien bespreking hieronder) moet egter nie die gevolg van die interne advertering wees nie.

Waar 'n rekruteringspraktyk verder gebaseer word op 'n aanname rondom behoorlike kwalifikasies, moet sodanige metodes steeds aangedui word as regverdigbaar en nie indirek diskriminerend deurdat dit die aantal applikante vanuit 'n bepaalde aangewese groepering verminder nie. Die werkgever behoort gevolglik nie slegs een vakbond in die rekruteringsproses te betrek, waar die betrokke vakbond primêr uit een ras bestaan nie. Op soortgelyke wyse behoort rekrutering nie slegs mondelings te geskied in organisasies wat nie verteenwoordigend is nie, aangesien die status quo slegs daardeur versterk sal word. Indien rekrutering uitsluitend geskied, word die risiko geloop dat 'n andersins toelaatbare beroepskwalifikasie genullifiseer word deur die onregverdigbare rekruteringspraktyk.⁴⁰

Wat betref die inhoud van die advertensie, moet gewaak word teen veralgemeende frases, wat nie gebaseer is op bevoegdheid of waardes nie. 'n Tipiese swak bewoorde advertensie maak emosionele gewag van subjektiewe vereistes, byvoorbeeld: *"as 'n sekretaresse met 'n dinamiese, aangename persoonlikheid, en uitstekende tikvaardighede, sal u die ideale ondersteuning bied aan 'n vooruitstrewende bestuurspan"*. Alhoewel die bewoording op die oog af in orde blyk te wees, sal 'n meer sober (weglating van "aangename persoonlikheid" behoort te geskied) en gestruktureerde advertensie groter impak hê op die geskikte kandidaat. Dit is ook belangrik dat die persoonlikheidskwaliteite duidelik as 'n integrale deel van die

³⁹ Sien die Britse C.R.E. Code of Practice, paragraaf 1(9):

"to avoid indirect discrimination it is recommended that employers should not confine recruitment unjustifiably to those agencies, job centres, careers offices and schools which, because of their particular source of applicants, provide only or mainly applicants of a particular racial group."

⁴⁰ Sien ook die Britse C.R.E. Code of Practice, paragraaf 1.10(a) & (b).

werksvereistes presenteer, en nie indirek op grond van geslag diskrimineer nie. Die woord "sekretaresse" kan in hierdie opsig as verouderd beskou word. Wood formuleer 'n bevoegdheids-gebaseerde advertensie vir 'n Persoonlike Assistent soos volg:

"Key requirements are:

Excellent administrative, organizational and secretarial skills

Strong communication skills at a senior level

Fast and accurate typing

Proficiency in the use of Microsoft Office

*Applicants should have a confident and mature manner."*⁴¹

Dit is belangrik dat die werkgever 'n duidelike boodskap rondom die inherente vereistes van die werk uitstuur, sonder dat onnodige applikante getrek word. Begrip vir applikante moet egter teenwoordig wees en diskriminerende kriteria moet vermy word.

Dit volg uit bogaande bespreking dat moontlike diskriminerende kriteria (soos verwoord in die advertensie of pligtestaat van die pos) eers ondersoek moet word alvorens 'n advertensie geplaas word. Daar moet, hetsy mondelings of skriftelik, ekstern of intern, gekontroleer word dat die advertensie nie 'n aanduiding bevat van enige bedoeling om te diskrimineer op grond van ras, geslag of ander ontoelaatbare grond nie. Die bewoording mag ook nie redelikerwys verstaan kan word as aanduidend van die bedoeling van 'n persoon om 'n diskriminerende handeling uit te voer nie, ongeag of die handeling wettig of onwettig sou wees.⁴² Ten opsigte van diskriminasie op grond van geslag en gestremdheid behoort 'n soortgelyke kontrole plaas te vind, met dien verstande dat slegs handeling wat geïnterpreteer word as duidend op 'n bedoeling om 'n onwettige handeling te verrig, betrek word. Waar daar egter 'n taakomschrywing met 'n seksuele konnotasie gebruik word (soos verkoopsdame, posman ensovoorts) sal die afleiding steeds wees dat die bedoeling om te diskrimineer prima facie blyk, tensy die advertensie 'n bedoeling tot die teendeel uitstip.⁴³

⁴¹ Wood R et al, 1997: 66. Sien ook Teather D, 1996: 16-17 vir soortgelyke bespreking.

⁴² Vergelyk artikel 29(1) van die Race Relations Act van Brittanje:

"It is unlawful to publish or cause to be published an advertisement which indicates or might be reasonably understood as indicating, an intention by a person to do an act of discrimination, whether the doing of that act would be lawful or, by virtue of Parts 2 or 3, unlawful."

⁴³ Sien artikel 38(1) van die Sex Discrimination Act van Brittanje, en in besonder artikel 38(3) van die Sex Discrimination Act wat soos volg bepaal:

"the use of a job description with a sexual connotation (such as 'waiter', 'salesgirl', 'postman', or 'stewardess') shall be taken to indicate an intention to discriminate, unless the advertisement indicates an intention to the contrary."

Die werkgever moet ook sorg dra dat vakatures nie op sodanige wyse geadverteer word dat persone uit aangewese groeperinge uitgesluit of disproporsioneel verminder word nie. Daar behoort tot dien effek 'n stelling by die advertensie literatuur ingesluit te word dat die organisasie of besigheid 'n gelyke geleentheid werkgever is.⁴⁴

Indien die werkgever wel 'n diskriminerende handeling antisipeer, moet die handeling gemeet word aan die vereistes van die besigheidsnoodsaak-verweer, welke verweer berus op die beginsel dat die rede vir diskriminasie geregverdig is, aangesien diskriminasie noodsaaklik is vir doeleindes van die wesenlike voortbestaan van die besigheid. Uitsonderings op grond van hierdie verweer kan insluit:

- *'n advertensie vir diens buite Suid-Afrika [alhoewel diskriminasie op grond van ras (ingesluit kleur, etniese of nasionale oorsprong), geslag en gestremdheid steeds nie 'n legitieme diskriminasiegrond vir hierdie doel behoort uit te maak nie]; en*
- *'n advertensie vir 'n werk waar dit 'n integrale deel van die inherente vereistes van die betrokke beroep is om persoon van 'n bepaalde ras, kleur, etniese of nasionale oorsprong of geslag aan te stel.*⁴⁵

Ten opsigte van diskriminasie op grond van ras, geslag of gestremdheid moet dit egter verreken word dat, waar 'n rekruteringspraktyk 'n substansiële disproporsionele aantal swart kandidate, vrouens of persone met gestremdhede diskwalifiseer, die benadeelde kandidaat nie 'n diskriminerende doel of rede hoef te bewys nie. Die bewyslas sal op die werkgever rus om 'n geldige verweer (bv. besigheidsnoodsaak) te bewys waarom die onbillike impak geregverdigd sou wees. Vergelyk gerus die bespreking in hoofstuk 2 rondom direkte en indirekte diskriminasie, die bespreking van onbillike hantering en onbillike impak, asook die omvattende verweer van besigheidsnoodsaak, welke besprekings as inbegrepe tot hierdie beoordeling beskou moet word.⁴⁶

⁴⁴ Sien die Britse Race Relations Code of Practice, paragraaf 1.5-1.7. Sien ook die Britse Sex Discrimination Code paragraaf 19.

⁴⁵ Vergelyk die konsepwet rakende geslagsdiskriminasie hierbo, asook die konsepwet rakende rasdiskriminasie hierbo. Sien ook artikel 29(3) van die Race relations Act van Brittanje, wat die volgende uitsonderings op diskriminerende handeling reguleer:

"(i) The advertisement indicates that persons of any class defined other than by reference to colour, ethnic or national origins are required for employment outside Great Britain.

(ii) The advertisement is for a job in which there are genuine occupational qualifications for employing a person of a particular race, colour, ethnic or national origin or sex."

⁴⁶ Sien die bepalinge van Titel VII van die Amerikaanse Civil Rights Act, teenoor die meer algemene formulering van die Veertiende Amendement (426 U.S. op 246-48). Sien ook Bourn C en Whitmore J, 1989: 76-78.

3.1.7 DIE AANSOEK-PROSES

Gegee die vereistes rondom die gelyke behandeling van alle werksaansoeke, moet die siftingsprosedure van aansoeke ontvang deeglik gemonitor word ooreenkomstig die beginsels van besigheidsnoodsaak. Monitering is nodig vir doeleindes van konsekwentheid. Enige selektering van aansoeke moet streng geskied ooreenkomstig die inherente vereistes van die betrokke werk, en die toepassing van enige kriteria in hierdie verband moet konsekwent geskied.

Dit word aan die hand gedoen dat die aansoekvorm beskou word as die tweede mees invloedryke instrument in die selekteringsproses, naas die onderhoud. Dit is dus van uiterse belang dat die werkgever hierdie aansoekvorm so ontwerp dat dit nie alleen die siftingsproses vergemaklik nie, maar ook as opsomming kan dien van die aspekte wat as noodsaaklik geag word in die aanstelling van die betrokke persoon. Skrywer doen aan die hand dat die tradisionele aansoekvorm waar persoonlike besonderhede, ervaring en kwalifikasies aangevra word, uitgebrei word om ook voorsiening te maak vir besonderhede rondom bevoegdhede, karaktereienskappe en waardes, waar van toepassing op die werksvereistes. Alhoewel 'n vraag-antwoord situasie nie noodwendig meetbare waarde vir die werkgever inhou tydens die aanstellingsproses nie, kan 'n verbintenis deur die werknemer tot 'n bepaalde etiese benadering wel voordele vir die werkgever inhou, waar relevant tot die werksinhoudelike. So ook moet dit in die aansoekvorm duidelik gemaak word welke besigheidsoorweginge 'n rol speel in selektering van die geskikte kandidaat.⁴⁷

In die ontwerp van 'n bevoegdheidsgebaseerde aansoekvorm, moet voorsiening daarvoor gemaak word dat applikante bewys kan lewer dat hulle in staat sal wees om die bevoegdheid te demonstreer indien daartoe versoek. Elke verwagte bevoegdheid moet so geïllustreer kan word, en voldoende ruimte moet gelaat word ten einde die applikant geleentheid te gee om die betrokke vaardigheid te motiveer. Die volgende voorbeeld van 'n bevoegdheidsvraag in vermelde aansoekvorm is aanduidend van die bedoeling in hierdie paragraaf:

"INISIATIEF:

In hierdie werk sal van u verwag word om volle verantwoordelikheid te neem vir u besluite, en om die resultate van u inisiatiewe te verdedig. Beskryf 'n situasie waar

⁴⁷ Sien ook Keenan T, 1995: 303-317 vir bespreking van seleksiemetodes in Brittanje. Sien ook Reilly RR en Chaio GT, 1982: 1-62 rakende die empiriese hantering van biodata in die seleksieproses.

daar van u verwag was om in 'n moeilike situasie te hanteer en 'n moeilike besluit te neem. Dui ook aan hoe u die kommunikasie van die besluit aan andere hanteer het, en wat die resultaat van u optrede was."

Dit moet in gedagte gehou word dat, waar die werkgewer slegs van biodata gebruik sou maak, 'n gelyke diensgeleentheidsdispuut maklik kan ontstaan. Geen data behoort naamlik aangevra te word tensy dit noodsaaklik is vir doeleindes van die werk nie. Indien data rondom geslag, ras of gestremdheid aangevra word, moet dit duidelik aangetoon word in die aansoek vorm dat:

- (i) die inligting benodig word vir doeleindes van diensgelykheidstatistiek soos vereis deur die wetgewing, en dat dit geen rol sal speel in die selekteringsproses nie (tensy vereis deur die amptelike regstellende aksie program); of dat*
- (ii) die inligting benodig word, aangesien dit noodsaaklik is vir doeleindes van die bedryf van die besigheid dat 'n persoon van 'n bepaalde ras of geslag, of sonder 'n betrokke gestremdheid, aangestel word.*

Inligting wat soortgelyk sensitief aangevra moet word, is besonderhede rondom vorige veroordelings, lengte, gewig, maritale status, en stokperdjies.⁴⁸ Ten aansien van gestremdheid, kan die werkgewer wel inligting versoek rondom die aard van die gestremdheid, en enige spesiale behoeftes wat die persoon sou ervaar. Hierdie vrae sorteer ook onder (i) hierbo en behoort nie beskikbaar te wees vir die seleksiepaneel of werkgewer⁴⁹ nie, vir ingeval hulle daardeur beïnvloed sou word. Terselfertyd behoort die werkgewer akkommodasie van die betrokke gestremdheid te oorweeg.⁵⁰

Die gebruik van Curriculum Vitaes word nie veroordeel nie, maar moet die feit verreken word dat die werkgewer nie die aard en inhoud van die dokument kan bepaal nie. So word die gebruik van die Internet ook deur verskeie werkgewers met vrug gebruik. Die

⁴⁸ Indirekte diskriminasie kan deur enige irrelevante biodata vraag voortspruit. Aangesien alle applikante byvoorbeeld nie ewe bevoorreg mag wees om bepaalde stokperdjies te kan beoefen nie, kan 'n vraag hieroor diskriminerend inwerk op die aansoeker. Sien ook Smith M & Robertson IT, 1993 rondom die onakkuraatheid van biodata aansoekvorms. Sien ook soortgelyke bespreking in Gunter B, et al, 1993.

⁴⁹ In die konteks soos gebruik in hierdie paragraaf is daar geen verskil tussen die seleksiepaneel en die werkgewer nie, aangesien die werkgewer die reg om 'n selektering van kandidate te maak, gedelegeer het na die seleksiepaneel. Die finale aanstelling word gedoen deur die werkgewer of sy gedelegeerde (wat ook die seleksiepaneel kan wees).

⁵⁰ Sien Sheppard G, 1997: 28-29 en in besonder die bepalinge van die Disability Discrimination Act, 1996. Sien ook die versuim om 'n gelyke geleentheidsbeleid behoorlik te implementeer in Noon M, 1993: 35-47, waar rassisme gevind is steeds voor te kom ten spyte van 'n gelyke geleentheidsbeleid.

behoorlike sifting van aansoeke deur hierdie medium en die gerekenariseerde beoordeling van die graad van bevoegdheid is egter op hierdie stadium nie gesofistikeerd genoeg vir gebruik as 'n primêre rekruteringsmeganisme nie.⁵¹

Gegee die bogaande bespreking, word dit aan die hand gedoen dat die gebruik van 'n bevoegdheidsgebaseerde aansoekvorm die beste medium vir die werkgewer is om die vereiste besonderhede van applikante te bekom, sonder dat daar onredelik gediskrimineer word.

3.1.8 DIE ONDERHOUD

Sou dit moontlik wees om 'n kandidaat wat op papier duidelik as die beste kandidaat vertoon het, nie aan te stel nie, op grond van 'n onderhoud? Hierdie vrae word nie duidelik aangespreek in beskikbare literatuur nie, maar is dit duidelik dat die onderhoud nog lank nie uitgefasseer is nie. Dit is voorts opmerklik dat die onderhoud gebruik word as 'n platform vir die aansoeker om homself of haarself te bemark, en vir die werkgewer om die korrektheid van interpretasies soos gemaak uit die aansoekvorm, te toets.⁵²

Dit is nie die doel van hierdie studie om 'n sinopsis te verskaf van al die verskillende onderhoudsprosesse nie. Daar word egter volstaan deur die stelling dat die onderhoud wel gestruktureerd moet wees, ten einde 'n holistiese indruksgesentreerde (teenoor analitiese) benadering te verhoed.⁵³

- Daar moet byvoorbeeld nie verskillende vrae aan die onderskeie applikante gevra word nie.
- 'n Goeie inleiding waar almal bekendgestel word en die inherente aard en funksie van die werk omskryf word, is belangrik;
- Dieselfde slotopmerkinge rondom datum van uitslag van die onderhoud moet teenoor alle kandidate gemaak word, ens.

Fokus word verder in hierdie gedeelte van die studie geplaas op die vrae en gedrag wat op grond van diensgelykheidsbeginsels toelaatbaar of ontoelaatbaar is.

⁵¹ Sien Kiceluk, A, 1996: 34-36. Sien ook Sheppard G, 1997: 28-29 vir soortgelyke bespreking.

⁵² Sien die Employee Development Bulletin, 1997: 85. Sien ook soortgelyke bespreking in Hakel MD, 1982.

⁵³ Sien Wood R, 1997: 96-97. Sien ook soortgelyke bespreking in Anderson NR, 1991: 1-32.

Dit sal beskou word as regening met 'n werkgewer die vrae in die onderhoud sentreer rondom insidente uit die applikant se verlede, waardeur die applikant versoek word om aan te dui hoe hy of sy 'n betrokke tipe situasie hanteer het. Voorbeelde kan insluit: "Kan u aandui hoe u as lid van 'n span in die verlede spanwerk bevorder het?". Sodanige vraag kan opgevolg word met 'n vraag rondom die persoon se beplannings- en organiseringsvermoëns: "Kan u 'n aanduiding gee van die tyd wat dit u geneem het om die projek soos vermeld te beplan en te voltooi?". Daar kan ook met vooruitbeplande hipoteses gewerk word, byvoorbeeld: "Hoe sal u 'n twis tussen kollegas hanteer?" Praktiese intelligensie kan deur beide bogemelde tegnieke suksesvol aangetoon word, maar word die uitbeelding van 'n werklike situasie uit die verlede as die mees geslaagde tegniek beskou.⁵⁴

In die bepaling van die hoeveelheid persone wat die onderhoud moet behartig, behoort daar nie van rigiede maatreëls gebruik gemaak te word nie. Afhangende die aard van die pos, kan minder of meer persone in die onderhoud betrek word. Die medium vir die onderhoud (telefoon of andersins) kan ook dienooreenkomstig aangepas word. Dit is bloot belangrik dat dieselfde medium sover moontlik gebruik word vir alle applikante in dieselfde werksaansoek, en dat dieselfde vrae sover moontlik aan alle applikante gestel word. Waar 'n werkgewer dieselfde vrae aan alle kandidate stel, sal daar nie diskriminasie teenwoordig wees nie, alhoewel die vrae 'n betrokke individu se gevoelens kon kwets.⁵⁵

In 1985 het die *Commission for Racial Equality (CRE)* in die Verenigde Koninkryk 'n ondersoek geloods rondom die verwerping van swart aansoekers weens hulle onvermoë om te kommunikeer. Dit is bevind dat, waar 'n persoon in sy tweede taal moet reageer op vrae in 'n onderhoud, daar ruimte gelaat moet word vir begrip dat relevantheid en grammatika nie op dieselfde standaard sal wees as waar 'n persoon in sy moedertaal die vrae antwoord nie. Tensy behoorlike kommunikasievaardighede in die betrokke taal 'n vereiste is in die werk waarvoor aansoek gedoen word, moet die antwoorde van die applikant wat in sy tweede of derde taal antwoord nie die applikant diskwalifiseer vir die werk nie.⁵⁶

Volgens *Van Niekerk* behoort vrae rondom 'n vroulike applikant se beplanning om te trou en kinders te kry, vermy te word. So ook is irrelevante vrae gebaseer op die

⁵⁴ Sien bespreking van praktiese intelligensie in Durivage A et al, 1995: 179. Sien ook McDaniel MA, et al, 1994 vir soortgelyke bespreking. Sien verder ook Wood R, 1997: 107-121 vir bespreking van tegnieke in die onderhoud.

⁵⁵ Sien *Simon v Brimham Associates* [1987] I.R.L.R. 307, C.A.

⁵⁶ Sien CRE, 1985: *Formal investigation into Dunlop Polymer*.

seksuele oriëntasie, godsdiens, geboorte of gesondheid (ingesluit gestremdheid) van die applikant ontoelaatbaar.⁵⁷ In alle gevalle moet beoordeel word of die vroe werksverwant is, verenigbaar met besigheidsnoodsaak.⁵⁸

Waar daar op 'n punteskaal gewerk word in 'n onderhoud, moet ook sorg gedra word dat die paneel nie fokus op die vraag of 'n persoon sal "inpas" nie⁵⁹, veral gegee die vereiste dat 'n werksplek diversiteit moet vertoon, en nie eksklusiwiteit nie. Die beoordelingskaal moet suiwer prestasie meet teenoor die bevoegdheids- en ander inherente kriteria van die werk. Soortgelyk moet die werkgever in alle opsigte aandui dat 'n bestaande gedragskode of diensgelykheidsbeleid inderdaad geïmplementeer word, en magtig sodanige gedragskode of beleid nie aanstootlike opmerkinge deur die werkgever (of bestuurders van die werkgever) tydens die onderhoud nie.⁶⁰

3.1.9 DIE ROL VAN POTENSIAALBEOORDELING

Dit is duidelik uit die gees van alle diensgelykheidwetgewing beoordeel in hierdie studie dat daar nie van die werkgever verwag word om 'n persoon aan te stel wat onbevoeg is nie. Dit is egter ook soortgelyk duidelik dat daar wel van die werkgever verwag word om nie die graad van bekwaamheid onnodig hoog te stel, met die gevolg dat dit persone uit aangewese groeperinge uitgesluit word nie. Waar daar nie voldoende geskikte applikante beskikbaar is uit die aangewese groeperinge nie, behoort die werkgever die potensiaal te bepaal van bestaande werknemers of applikante uit aangewese groeperinge, ten einde vas te stel of sodanige persone met die nodige

⁵⁷ Van Niekerk A, 1995: 110-111.

⁵⁸ Sien *Huges and Gissing v Hackney LBC* [1987] E.O.R. 27. Sien ook artikel 48 van die Britse Sex Discrimination Act (SDA) en artikel 38 van die Britse Race Relations Act (RRA), waarvolgens vrouens of 'n bepaalde rassegroep aangemoedig kan word om aansoek te doen vir 'n pos by 'n werksplek wat beskou word as onderverteenvoordigend. Volgens die SDA word onderverteenvoordigend gedefinieer as :

"where at any time within the twelve months immediately preceding the doing of the act there were no persons of these in question among those doing that work or the number of persons of that sex doing the work was comparatively small."

Volgens die RRA word onderverteenvoordigend gedefinieer as:

(a) *that there are no persons of the racial group in question among those doing that work at that establishment; or*
(b) *that the proportion of persons of that group among those doing that work at that establishment is small in comparison with the proportion of persons of that group.*
(i) *among all those employed by that employer there; or*
(ii) *among the population of the area from which that employer normally recruits persons for work, in his employment at that establishment."*

⁵⁹ Sien *Nwoke v Government Legal Service and Civil Service Commissioners*, EOR Discrimination Case Law Digest No. 28, Summer 1996.

⁶⁰ Sien *Baptiste v Westminster Press t/a Bradford & District Newspapers*, EOR Discrimination Case Law Digest, No. 30, Winter 1996.

opleiding (welke beskou kan word as "redelike akkommodasie") wel die nodige graad van bekwaamheid sal kan behaal.

Daar is verskeie psigometriese toetse op die mark⁶¹, maar elke werkgewer behoort sy eie toetse te ontwerp, gebaseer op die eiesoortigheid van die werk, die operasionele vereistes en die beginsels van besigheidsnoodsaak in die betrokke werk.

Psigometriese toetse word volgens Wood in twee primêre kategorieë ingedeel:

- (i) *meting van maksimum prestasie, wat aandui wat 'n applikant kan doen;*
- (ii) *meting van tipiese prestasie, wat aandui wat 'n applikant verkies om te doen.*⁶²

Aangesien die psigometriese toetse gewoonlik objektief en neutraal geformuleer is, kan die afleiding wees dat alle persone wat aan die toetse onderwerp word gelyk hanteer word. Die dilemma kan egter ontstaan dat persone uit 'n bepaalde aangewese groep konstant swakker presteer in 'n bepaalde toets, wat noodwendig twyfel oor die billikheid van die toets sal laat. Aangesien dit ook geantisipeer kan word dat daar verskille tussen mans en dames mag wees in die interpretasie van toetse, moet sodanige verskille hanteer kan word sonder diskriminasie.⁶³ Dit word aanbeveel dat toetsresultate in hierdie verband konserwatief aangewend word, en dat dit primêr gebruik moet word om die mees ongeskikte kandidate te sif, eerder as om die mees geskikte kandidaat te selekteer.⁶⁴ In hierdie verband word "sif" gebruik as aanduidend van die eerste proses van selektering waar persone wat kwalifiseer vir die pos geskei word van die persone wat nie kwalifiseer vir die pos nie. "Selekteer" word meer algemeen gebruik as aanduidend van die proses om 'n kortlys vir aanstelling saam te stel.

Dit is dus van kardinale belang dat die toetse wat gebruik word relevant moet wees tot die individuele applikant se vermoë om die werk te doen, of die vereistes vir effektiwe verrigting van die betrokke werk. Waar sodanige relevantheid nie duidelik blyk nie, kan indirekte diskriminasie beweer word. Toetse wat gevolglik ontwerp is om persone vanuit

⁶¹ Sien Ridgeway CC, 1995: 17-23 en negatiewe bespreking rondom kommersiële toetse deur Pickard J, 1996: 8.

⁶² Wood R, 1997: 130. Deur gebruik te maak van sodanige toetse kan 'n persoon wat 'n tyd lank werkloos was, se huidige bekwaamheid en besondere vermoëns ook getoets word. Sien ook *Owen & Briggs v Jones* [1982] I.C.R. 63, E.A.T. waar 'n swart dame onregmatiglik nie aangestel was nie, weens *inter alia* 'n werklose tydperk van 3 jaar.

⁶³ Sien bespreking van geslagsverskille deur Cook M, 1997: 77-83. Sien ook Feingold A, 1994: 429-456 en Parker C, 1994: 2-5 vir soortgelyke bespreking.

⁶⁴ Sien Fletcher S & Wood R, 1996, 3-5 ten aansien van die integrering van psigometriese toetse in bevoegdheidsraamwerke.

'n bepaalde groepering meer in agens te toets, behoort vermy te word. Die materiaal waarop die toetse gebaseer is, moet soortgelyk bekend wees aan persone uit alle groeperinge.⁶⁵

Die gebruik van beoordelingsentrums is besig om steeds in gewildheid toe te neem. Die rede daarvoor kan insluit die feit dat kandidate beoordeel word deur verskillende persone, met verskillende perspektiewe in verskillende situasies, ten aansien van verskillende tipe bevoegdhede.⁶⁶ Werkgewers moet egter sorg dra om hulself te vergewis van die aard, inhoud en metode van uitvoering van die toetse wat deur 'n beoordelingsentrum gebruik word, aangesien die beheer en kontrole oor diskriminasie of ongelyke impak steeds die van die werkgever bly. Die werkgever moet ook steeds die bevoegdhede wat gemeet moet word, voorskryf, en 'n blinde vertroue in die beoordelingsentrum moet ten alle koste verhoed word.

3.1.10 FINALE BEOORDELING

Dit is duidelik uit die bepalinge van die Suid-Afrikaanse gelykheidswetgewing dat die beginsel van groepsverteenvoordiging in die werksplek ferm deur die nasionale agenda onderskryf word. Die finale beoordeling van die kandidate vir 'n bepaalde pos, moet noodwendig met inagneming van die billikheidsideaal van die regering geskied. Waar die beoordelingsinstrumente, hierbo bespreek, gevolglik aangewend word om die finale besluit rondom aanstelling te vergemaklik, moet 'n praktiese metode ingestel word ten einde enige nadelige impak as 'n resultaat van die beoordelingsproses te monitor. Volgens *Potter* verskaf indiensnemingstoetsing van applikante waardevolle inligting oor toekomstige werknemers en "...currently there exist no feasible alternatives to job-related tests that are as informative, technically adequate and economically viable."⁶⁷

Alhoewel die "inherente vereistes van die werk" nie gelykgestel kan word aan die "inherente vermoëns of bevoegdhede van die applikant" nie, is die kern van die praktiese metode om diensgelykheid in die aanstellingsproses te monitor, juis geleë in die kousale verband tussen hierdie twee begrippe. Die werkgever moet naamlik 'n balans handhaaf tussen die objektiewe selektering van kandidate (soos bepaal deur die onderskeie selekteringstegnieke) ten einde die maksimum produktiwiteit in die besigheid te bewerkstellig, en die bereiking van gelykheidsdoelwitte soos uitgestip in

⁶⁵ Sien Van Niekerk A, 1995: 105. Sien ook die RSA Unfair Discrimination Code 1995.

⁶⁶ Sien 'n uiteensetting van die groeiende gebruik van beoordelingsentra in Brittanje in Bolye S et al, 1993: 1-4. Sien ook soortgelyke analise in Ballantyne I & Povah N, 1995.

⁶⁷ Sien Potter E.E., 1986 rondom die gebruik van Indiensnemingstoetse in Amerika.

die diensgelykheidsplan. Die implikasie van hierdie nexus is dat die beste kandidaat nie noodwendig aangestel sal word waar die bereiking van 'n gelykheidsdoelwit daardeur vermydelg aan word nie. Deurdat die werkgewer 'n minder bekwame persoon aanstel (wat egter steeds voldoen aan die inherente vereistes van die werk) en daardeur die gelykheidsdoelwit bereik, word die ongelyke impak van 'n beoordelingsproses versag.⁶⁸

Aangesien bestaande gelykheidswetgewing van die werkgewer en werknemerverteenwoordigers in die werksplek verwag om die billikheid van numeriese indiensnemingsdoelwitte te beoordeel, word aan die hand gedoen dat inligting rondom ongelyke impak analyses op alle posvlakke gereeld gekommunikeer word. Bevoordeling kan deur sodanige impak analyses uitgewys word, en die bestaan van besigheidsnoodsaak kan ondersoek word. Dit is egter belangrik dat die werksuitsette van groeperinge wat vergelyk word, meetbaar is. Dit kan naamlik nie beweer word dat nadelige impak die gevolg van bevoordeling is indien die werksprestasie van die groeperinge nie vergelykbaar is nie. Verder is dit kritiek belangrik dat appel met appels vergelyk word. Enige vergelyking wat nie soortgelyk of identies is nie, kan nie as meetbaar beskou word nie.

Die onderliggende argument is naamlik dat sowel die aangewese groeperinge as persone uit die historiese bevoordeelde groeperinge 'n soortgelyke kans op sukses het in elke stadium van die beoordelingsproses. Die definisie van 'n "geskik-gekwalifiseerde applikant" veronderstel egter voorts dat die aantal van geskik-gekwalifiseerde applikante 'n indikator van die beskikbare persone in die arbeidsmark is. Waar daar 'n gebrekkige hoeveelheid geskik-gekwalifiseerde persone in die arbeidsmark is in 'n gegewe situasie, behoort die werkgewer die gebruik van psigometriese toetse te oorweeg ten einde die leerpotensiaal van applikante te meet. Op hierdie wyse kan die beginsel van "nadelige impak" die metodologiese en praktiese probleme oorkom wat histories geassosieer is met die poging om werksprofile in die organisasie te monitor teen die beskikbare poel van geskik-gekwalifiseerde persone in die arbeidsmark.

⁶⁸ Die argument word gebaseer op die regstellende aksie doelwit wat die werkgewer het. Die werkgewer moet 'n persoon aanstel wat aan 'n minimum vereiste voldoen, bv. tikvaardigheid van 'n sekere hoeveelheid woorde (60) per minuut. Al die applikante is baie goed, maar almal blank. Die een swart applikant is nie naastenby so goed soos die ander blanke applikante nie, maar voldoen wel aan die minimum vereiste, deurdat sy 60 woorde per minuut kan tik. Die feit dat die beste persoon nie in die werk aangestel word nie, is natuurlik 'n nadelige impak op die ander kandidate. Aangesien die werkgewer egter wel 'n regstellende aksie doelwit het om aan te voldoen, en verder gegee die feit dat die persoon wel aan die minimum vereiste voldoen, is die aanstelling geregverdig, ongeag die sogenaamde "ongelyke impak" vir die ander applikante.

Die nexus tussen inherente werksvereistes en 'n egte beroepskwalifikasie is hier relevant. Geslag, geloof en nasionale oorsprong kan byvoorbeeld 'n noodsaaklike kwalifikasie vir 'n spesifieke werk uitmaak, maar kan maritale status in geen geval 'n egte beroepskwalifikasie wees nie, tensy dit 'n getroude paar is wat in diens geneem word.⁶⁹ Ras of geslag kan wel 'n inherente werksvereiste uitmaak waar akteurs geselekteer word om in 'n bepaalde toneelstuk te speel, of om as model te poseer waar outentisiteit 'n persoon vanuit 'n bepaalde rasse- of geslagsgroep vereis. Op soortgelyke wyse kan restaurante 'n persoon vanuit 'n bepaalde rassegroep aanstel waar die restaurant 'n spesifieke etniese karakter uitbeeld.⁷⁰

Waar 'n werk fisiese kontak met die teenoorgestelde geslag vereis, of waar teenwoordigheid van die teenoorgestelde geslag inbreuk kan maak op die privaatheid van werknemers, sal diskriminasie deur die nie-aanstelling van 'n persoon van 'n bepaalde geslag nie as onwettig beskou word nie. Binne die konteks van privaatheid word nie alleen die toestand betrek waarin die betrokke werksverpligtinge verrig moet word nie, maar ook alle aangeleenthede redelikerwys insidenteel tot die verrigting van die werk.⁷¹ Hierteenoor kan die aanstelling van 'n vrou nie afgewys word bloot omdat aangeneem word dat sy nie oor die nodige fisiese krag en stamina beskik nie. Fisieke krag en stamina kan slegs 'n egte beroepskwalifikasie uitmaak waar die betrokke vrou inderdaad nie sterk genoeg is nie, en krag 'n inherente vereiste vir die werk is.⁷²

Alhoewel geslag dus wel in geskikte gevalle as 'n bona fide beroepskwalifikasie kan presenteer, blyk dit tog dat die rasionaal vir geslagsdiskriminasie streng beoordeel word deur die hof. 'n Voorbeeld van so 'n rasionaal wat nie sonder omhaal sal kwalifiseer

⁶⁹ Bourn C en Whitmore J, 1989: 2

⁷⁰ Hierdie verweer geld as uitsondering tot die gelykheidsverpligting soos vervat in die Race Relations Act en Sex Discrimination Act van Brittanje. Die Race Relations Act, artikel 4(1)(a) en die Sex Discrimination Act, artikel 6(1)(a) (soos bespreek infra) bepaal naamlik dat dit onwettig is vir 'n werkgewer om te diskrimineer in die rekruterings- en selekteringsmaatreëls. Hierdie diskriminasie kan direk of indirek wees, en voorbeelde sluit in die gebruik van ongeregverdigde taal of ander toetse wat 'n ongelyke impak het op die vermoëns van vrouens of minderhede. Sien ook Bourn C en Whitmore J, 1989: 76. Sien verder ook *Rucker v Higher Education Aids Bd.*, 669 F.2d 1179, 1181 (7th Cir. 1982) en *Burwell v Eastern Air Lines, Inc.*, 633 F.2d 361, 370 n. 13 (4th Cir. 1980), waar ras beslis is nie 'n BFOQ uit te maak nie, aangesien die statuut "ras" uitsluit as 'n BFOQ.

⁷¹ Sien artikel 7(2)(b) van die Sex Discrimination Act. Sien ook *Times Ltd v Hodgson* 1981 I.R.L.R. 530, E.A.T. Sien verder ook artikel 7(4) van die Sex Discrimination Act van Brittanje, wat bepaal dat die verweer van "genuine occupational qualifications relating to decency and privacy" nie van toepassing is op:

"the filling of a vacancy when the employer already has male employees –

- (a) *who are capable of carrying out the duties falling within that paragraph, and*
- (b) *whom it would be reasonable to employ on those duties, and*
- (c) *whose numbers are sufficient to meet the employer's likely requirements in respect of those duties without undue inconvenience."*

⁷² Sien Bourn C en Whitmore J, 1989: 3

as 'n egte beroepskwalifikasie nie, is Kliëntevoorkeur ("customer preference").⁷³ Kliëntevoorkeur bevredig nie die primêre vereiste van die bona fide beroepskwalifikasie nie, naamlik dat die kwalifikasie redelikerwys noodsaaklik moet wees vir die normale bedryf van die betrokke besigheid of organisasie, nie. Die argument in die Amerikaanse reg (soos bespreek in hoofstuk 2) is dat kliënte nie kan bepaal of 'n persoon die werk goed of swak doen nie, maar dat slegs die werkgewer dit mag beoordeel aan die hand van objektiewe kriteria.⁷⁴ Die enigste uitsondering tot hierdie verbod is 'n substansiële eis van outentisiteit en egtheid.⁷⁵ Voorbeelde van betrekkings wat outentisiteit of egtheid vereis, sluit in die van 'n akteur/aktrise⁷⁶ of 'n "Playboy Bunny".⁷⁷

Waar die werkgewer rasionaliseer of weens bedryfsvereistes herstruktureer, behoort nuwe beroepskwalifikasies met sensitiviteit ingelei te word. Aangesien die oorblywende poste se inhoud waarskynlik ook gewysig word as 'n resultaat van die herstrukturering,

⁷³ Sien Winterscheidt, 1982: 183. Sien ook *Sprogis v United Air Lines, Inc.*, 444 F.2d 1194, 1199 (7th Cir.), cert. Denied, 404 U.S. 991 (1971); *Diaz v Pan American World Airways*, 442 F.2d 385, 389 (5th Cir.), cert. Denied, 404 U.S. 950 (1971). Sien ook *Fernandez v Wynn Oil Co.* 635 F. 2d 1273 (9th Cir. 1981) waar beslis is dat die voorkeur van kliënte in 'n oorsese land soortgelyk nie die diskriminasie teen vrouens in die indiensnemingsproses regverdig nie.

⁷⁴ Vergelyk *Fernandez v Wynn Oil Co.* infra: 1273. Sien 42 U.S.C. artikels 2000e-2(a) (1976), soos bespreek infra:

"It shall be an unlawful employment practice for an employer –

- (1) *to fail or refuse to hire or to discharge any individual, or otherwise to discriminate against any individual with respect to his compensation, terms, conditions, or privileges of employment, because of such individual's race, color, religion, sex, or national origin; or*
- (2) *to limit, segregate, or classify his employees or applicants for employment in any way which would deprive or tend to deprive any individual of employment opportunities or otherwise adversely affect his status as an employee, because of such individual's race, color, religion, sex, or national origin."*

Sien ook 42 U.S.C. artikels 2000e-2(e) (1976):

"Notwithstanding any other provision of this subchapter, (1) it shall not be an unlawful employment practice for an employer to hire and employ employees, ...on the basis of his religion, sex, or national origin in those certain instances where religion, sex, or national origin is a bona fide occupational qualification reasonably necessary to the normal operation of the particular business or enterprise."

Sien ook die EEOC se BFOQ regulasies soos geïnkorporeer tot 29 C.F.R. artikel 1604.2 (1981):

- (a)
 - (i) *The commission will find that the following situations do not warrant the application of the bona fide occupation qualification exception:...*
 - (ii) *The refusal to hire an individual based on stereotyped characterizations of the sexes. Such stereotypes include, for example, that men are less capable of assembling intricate equipment: that women are less capable of aggressive salesmanship...*
 - (iii) *The refusal to hire an individual because of the preferences of coworkers, the employer, clients or customers except as covered specifically in paragraph (a)(2) of this section.*
- (b) *Where it is necessary for the purpose of authenticity or genuineness, the Commission will consider sex to be a bona fide occupational qualification, e.g., an actor or actress."*

⁷⁵ Sien 29 C.F.R. artikel 1604.2(a)(1)(iii), (a)(2). Sien ook bespreking in University of Kansas School of Law, 1982: 187. Sien verder ook *Rucker v Higher Education Aids Bd.*, 27 Fair empl. Prac. Cas. (BNA) 1553 (7th Cir. 1982), waar beslis is dat werkgewers die verlies aan kliëntiel kan versag deur vroulike werknemers met sorg aan kliënte bloot te stel.

⁷⁶ Sien EEOC regulasies: 29 C.F.R. artikel 1604.2(a)(2) (1981).

⁷⁷ Sien *Playboy Clubs Int'l, Inc. v Hotel & Restaurant employees Int'l Union*, 321 F. Supp. 704 (S.D.N.Y. 1971); *Playboy Club of New York, Inc. v Hotel & restaurant employees Int'l Local 1*, 74-2 Lab. Arb. Awards (CCH) paragraph 8557 (1974) (Turkus, Arb.)

behoort die eerste stap te wees die selektering van geskikte persone om die oorblywende pos(te) se werk te doen, en nie die ontslag van oorbodige persone nie. 'n Ander benadering kan as die versuim om 'n werk aan te bied geïnterpreteer word, welke 'n diskriminerende praktyk uitmaak. Die ontslag van persone wat nie geselekteer is nie, is egter nie op sigself diskriminerend nie, aangesien alle persone (sonder vooroordeel) ontslaan behoort te word indien daar nie vir hom of haar meer 'n werk is om te doen nie.⁷⁸

Aangesien dit hierbo uitgewys is dat bevoegdheidstoetse sowel billik as diskriminerend kan wees, behoort die werkgever te fokus op die bereiking van die gekonsulteerde⁷⁹ indiensnemingsdoelwitte en tydskaal, eerder as om in tegniese diskussies betrokke te raak rondom konsepte soos bevooroordeeltheid en billikheid. Hierdie riglyn kan deur werkgevers gevolg word ten einde te bepaal wanneer die verwerre vervat in die EEA toegepas moet word, ten einde 'n beoordelingstegniek met 'n nadelige impak as regverdig te bewys.⁸⁰

Dit volg uit bogaande argument dat die finale beoordeling van die geskikte kandidaat nie 'n eensydige oefening kan wees gegrond op die uitslag van 'n beoordelingstoets nie, maar 'n beredeneerde besluit waarin verskeie rolspelers gekonsulteer moet word: paslike verteenwoordigende bestuurswerknemer, toesighouer, psigometris (indien psigometrie toetse gedoen is), menslike hulpbronverteenwoordiger, arbeidsregkenner, en die vakbond(e). Die persoon of persone wat die finale besluit rondom die aanstelling van 'n kandidaat neem, moet opgelei wees en aan die hand van billikheid elke proses in die aanstellingsprosedure beoordeel.

Waar die siftingsproses belas is met 'n uitskakeling van persone wat nie geskik is vir die werk nie, het die finale aanstelling alles te doen met welke kandidaat aan die vereistes vir die werk voldoen en voldoende bekwaam is om die werk suksesvol te verrig. Ten einde 'n ingeligte en billike besluit te neem, word daar van die werkgever verwag om soveel moontlik bronne van inligting te raadpleeg, en alle toetsresultate te oorweeg. Die integrasie van sodanige inligting behoort ook volgens Dawes klinies, en indien moontlik

⁷⁸ Sien *Timex Corporation v Hodgson* [1982] I.C.R. 63, E.A.T., per Regter Browne-Wilkenson op 67. Sien ook *Transport and General Workers Union and Others v SA Stevedors Ltd* (1994) 5 (2) SALLR 19 (IC), waar die werkgever ouderdom as seleksiekriterium aangewend het in 'n herstruktureringsoefening. Alhoewel die Nywerheidshof die kriteria van fiksheid en behendigheid aanvaar het, is beslis dat ouderdom nie 'n geskikte aanduiding is van persone wat aan sodanige kriteria sal beantwoord nie, en sodoende nie gebruik kon word as 'n seleksiekriterium in die herstruktureringsoefening nie.

⁷⁹ Konsultasie proses soos uiteengesit in die EEA

⁸⁰ Sien Taylor J, 1999: 11. Sien ook soortgelyke bespreking in Williams WE, 1995.

statisties, te geskied.⁸¹ In hierdie verband moet dit egter in gedagte gehou word dat 'n onderhoud 'n indrukspunt (wat moeilik meetbaar is) laat, teenoor die makliker meetbaarheid van 'n opgestelde toets.

Proporsionaliteit moet ook verreken word in die integrasie van beoordelingsresultate, en waar sekere kriteria of bevoegdhede belangriker is as ander, moet geskikte gewigte vir sodanige kriteria of gewigte geïnkorporeer word. Dit is egter van uiterse belang dat slegs kandidate wat die standaard haal, oorweeg word vir aanstelling. Indien die kandidaat wat die persoon wat deur die werkgever bevind word die mees geskikte persoon vir die werk te wees, nie die die pos aanvaar nie, mag die tweede mees geskikte kandidaat slegs oorweeg word indien ook daardie persoon aan die minimum kriteria beantwoord.

Gelykheid in die rekrutering en selektering van werknemers voorsien 'n geleentheid om die effektiwiteit van doeltreffendheid van 'n gelykheidsprogram te verseker. Dit is egter nie alleen die resultaat van die rekruteringsproses (naamlik wie aangestel word) wat aan gelykheidsbeoordeling onderworpe is nie, maar ook die proses van rekrutering en selektering. Alhoewel daar dus hierbo geredeneer is dat die rede vir diskriminasie regverdigbaar moet wees, is dit geen verweer vir 'n werkgever om aan te dui dat die seleksie maatreëls ingestel is sonder die bedoeling om te diskrimineer nie, indien die maatreëls inderdaad diskriminerend in praktyk opereer nie.⁸²

Waar hulpbronne kwyn en kliëntediens van groeiende belang word, moet werkgevers hulle beskikbare hulpbronne tot die maksimum benut. Rekrutering en behoud van geskikte werknemers, die kapitalisering van die diverse bevoegdhede van werknemers, en die aanpassing van werkspraktyke ten einde werknemers met familie-verantwoordelikhede of ander legitieme behoeftes te akkommodeer, is sleutelbestandele in enige organisasie se langtermyn sukses. In hierdie verband moet dit in ag geneem word dat werksmagdemografieë en die verwagtinge van werknemers voortdurend verander. Antisipering van regionale, nasionale en internasionale tendense sal die werkgever in 'n posisie plaas om met die korrekte aanpassing in rekruteringstegniek die paslike kandidaat te vind, en daarby ook aan die gelykheidsverwagting van die wetgewer te voldoen.

⁸¹ Sien Dawes RM et al, 1989: 1668-74. Sien ook 'n analise van foute voorstpruitende uit die emosionele beoordeling van kandidate deur Pearn M et al, 1998.

⁸² Sien *Brennan v Dewhurs* (J.H.) Ltd. [1983] I.R.L.R. 357.

Die monitering van die rekruterings- en selekteringspraktyk moet 'n konstante proses en integrale deel van die indiensnemingsplan uitmaak. Hierdie proses moet deur kwaliteitsbeginsels gedryf word. Die proses moet ruimte laat vir die konstante herbeoordeling van werklike beroepskriteria en besigheidsdoelwitte, en so 'n mobiele en diverse werksmag met diensgelykheid as die fondasie verseker.

3.2 DIENSPRAKTYKE NA INDIENSNEMING

Die billikheidsprosedures soos uitgestip onder paragraaf 3.1 behoort, waar toepaslik, ook van toepassing gemaak te word na indiensneming. Dit word aan die hand gedoen dat 'n gereelde audit van diensbillikheidspraktyke gewens is. Die onderstaande aspekte moet in besonder aandag geniet na die indiensneming van werknemers.

3.2.1 ALGEMENE HANTERING VAN WERKNEMERS NA INDIENSNEMING

Die vereistes rondom diensgelykheid het nie alleen 'n impak op die rekrutering en selektering van geskikte kandidate nie, maar ook op die hantering van werknemers na indiensneming. Die werkgewersverwering en tegnieke rondom indiensneming, moet dienoreenkomstig geïnkorporeer word tot die algemene dienspraktyke van die werkgewer, sodat 'n gebalanseerde profiel van gelyke werksgeleenthede gepromoveer word.

Die wetlike verpligtinge rondom diensgelykheid in Suid-Afrika word nie beperk tot die indiensneming van 'n applikant nie, maar fokus ook op die behandeling van 'n werknemer na indiensneming.⁸³ Die werkgewer moet strategieë ontwikkel ten einde 'n effektiewe skakeling te bewerkstellig tussen gelykheid in diens, die bestuur van diversiteit en die bereiking van korporatiewe doelwitte. Deurdat die werksplek se organisatoriese strukture geherorganiseer word, en praktyke aangepas word om kollektiewe vermoëns binne 'n diverse werksmag te kapitaliseer, kan die gelykheidsideaal binne die werksplek bevorder word. Behoorlike kommunikasie en konsultasie met werknemers tot op grondvlak is egter noodsaaklik ten einde sodanige inisiatiewe te laat slaag. Kontinue institusionele betrokkenheid van alle belanghebbendes sal 'n ware verbintenis tot diensgelykheid weerspieël en verseker dat

⁸³ Sien die Employment Equity Act (EEA) 1998: Hoofstuk II.

die institusioneel-aanvaarbare standaard van diensgelykheid kontinue gemonitor word.⁸⁴

Onderhandeling van kollektiewe ooreenkomste is ook 'n gulde geleentheid om bestaande en potensiële ongelykhede in die werksplek aan te spreek, en verbintenis tot diensgelykheid simbolies te bekragtig. Dit bied ook 'n geleentheid om diversiteit in bestuur ten volle te integreer tot die besigheid se dienspraktyke. Die *Australian National Audit Office* beveel in hierdie verband aan dat:

- *“consideration be given to including equity provisions in workplace agreements, undertaking an analysis of such provisions alongside other changes to work conditions, and ensuring that agreements provide equitable outcomes for all employees;*
- *the impact of workplace agreements on equality of remuneration be estimated as part of the bargaining process and procedures for on-going monitoring be implemented; and*
- *consultation arrangements include strategies to ensure input by EEO groups, part-time employees and employees with caring responsibilities.”⁸⁵*

Twee aspekte wat in besonder beoordeel moet word in die kollektiewe hersiening van dienspraktyke, is die toegang tot buigsame werkspraktyke, en die vlak van diskriminasie en teistering in die werksplek. Hierdie aspekte sluit in persepsies, die vlak van formele of informele klagtes, en die resultate daarvan.⁸⁶ Dit moet egter in gedagte gehou word dat onderhandeling met verskillende vakbonde in die werksplek, met gevolglik verskillende kollektiewe ooreenkomste oor soortgelyke aspekte, ongelyke praktyke kan skep of versterk.⁸⁷

Die Wet op Arbeidsverhoudinge bevestig kollektiewe bedinging as voorkeur institusionele meganisme om konsensus te bereik oor arbeidsaangeleenthede. Die vraag is – hoe (indien enigsins) gaan die kollektiewe bedingingsproses ondergeskik gemaak word aan “diensgelykheid”? Hierdie vraag is kardinaal, aangesien 'n

⁸⁴ Sien Gollan P, 1997: 17 vir 'n beoordeling van die Australiese situasie in hierdie verband. Sien ook die praktiese gids soos opgestel deur die Australian National Audit Office & Department of Finance, 1996.

⁸⁵ Sien Australian National Audit Office, 1999: 8. Sien ook bespreking van rolverdeling in Van den Heuvel A, 1993: 55-56, waar die rol van die vrou bespreek word binne die kollektiewe werksmag van die werkgewer.

⁸⁶ Ibid, op 9-10.

⁸⁷ Sien MacDermott K, 1993: 538-553. Sien ook Boreham, 1996 vir soortgelyke bespreking rondom vergoedingsongelykheid.

werknemer nie gedwing kan word om by magsgroeperinge aan te sluit nie. Ek wil graag aan die hand doen dat hierdie vraag beantwoord word met verwysing na die vraag of 'n diensgelykheidsdispuut 'n belange-dispuut is of 'n regte-dispuut. Indien dit 'n regte-dispuut is, sal konsensus noodwendig eers verkry moet word tussen vakbond en werkgewer, en sal die beslissing van die Kommissie van Versoening, Bemiddeling en Arbitrasie die deurslag gee waar konsensus nie bereik kan word nie. Waar 'n belange-dispuut ter sprake is en konsensus nie bereik word nie, sal die weg van 'n staking en/of uitsluiting gevolg kan word.

Die werkgewer kan egter in geen omstandighede kollektiewe druk gebruik as 'n verskoning of rede vir 'n onbillike arbeidspraktyk nie. So lank as wat daar nie 'n nadelige verandering aan die lone en/of diensvoorwaardes van die ongelukkige vakbondlede is nie, behoort die werkgewer na 'n paslike konsultasie met vakbonde en ander werknemers regstellende maatreëls te implementeer. Die moontlikheid om 'n interdik te bekom teen enige poging van die vakbond om 'n billike en nie-diskriminerende praktyk of handeling te opponeer, kan ook ondersoek word. Die *Promotion of Equality and the Prevention of Unfair Discrimination Act* magtig die werkgewer (en enige werknemer) om 'n onbillike of diskriminerende handeling onder die aandag van die Direkteur-Generaal te bring. Vergelyk ook die bespreking van kollektiewe onderhandelinge in hoofstuk 3.

Kollektiewe onderhandelinge word dus nie ondergeskik gemaak aan diensgelykheid nie, maar kan 'n diensdiskriminerende praktyk of kollektiewe ooreenkoms tot gevolg hê dat die werkgewer boetes kragtens die *Employment Equity Act* oploop.⁸⁸ Die aard en inhoud van kollektiewe onderhandelinge moet dus versigtig en deeglik benader word ten einde nie in konflik met billikheidswetgewing 'n resultaat van onderhandelinge op die tafel te plaas nie. Dit word aan die hand gedoen dat die volgende potensieel benadelende faktore verreken word in alle kollektiewe onderhandelinge:

- *verskille tussen persone uit geïdentifiseerde groeperinge (op grond van ras, geslag, gestremdheid of andersins) se gemiddelde inkomste;*
- *konsentrasie van persone uit geïdentifiseerde groeperinge in laagbesoldigde poste;*
- *konsentrasie van persone uit geïdentifiseerde groeperinge in tydelike poste, waar vermoë om te deel in die besluitnemingsproses geaffekteer word;*

⁸⁸ Vergelyk Skedule 1 van die *Employment Equity Act*, Nr. 55 van 1998.

- *konsentrasie van persone uit geïdentifiseerde groeperinge in afdelings waar oortyd, bonusse en prestasie-vergoeding laag is;*
- *implementering van posevalueringsisteme wat 'n geskiedenis het om tegniese en finansiële vermoëns teenoor administratiewe, klerklike en interpersoonlike verhoudinge-vermoëns te meet;*
- *kinderversorgings- en familieverantwoordelikhede wat kan lei tot gebroke werkspatrone;*
- *patrone van gebrekkige betrokkenheid in die besluitnemingsprosedures;*
- *produktiwiteitskriteria wat vertrou op meetbare maatreëls meer geskik vir die besigheidsdoelwitte, maar waarin blanke mans domineer.*

Dit is duidelik uit die regsvergelijkende studie soos gedoen in hierdie proefskrif dat die internasionale tendens gekenmerk word deur 'n strategiese denkskuif vanaf die blote voldoening aan statutêre diensgelykheidsverpligtinge na 'n groeiende investering in menslike en intellektuele kapitaal as essensiële elemente van organisatoriese sukses.⁸⁹ Vanuit 'n prestasie oogpunt, vereis diensgelykheid nie alleen wetsvoldoening nie, maar ook dienspraktyke wat diverse agtergronde, talente en omstandighede van individue in die werksplek akkommodeer. Hierdie buigsaamheid moet nie alleen in beleid vergestalt word nie, maar ook merkbaar in die werkspraktyke gevind word.⁹⁰ Sodanige diversiteit in die werksplek hou, indien behoorlik bestuur, besliste besigheidsvoordeel vir die werkgewer in.⁹¹ Waar verskillende benaderings tot probleemoplossing teenwoordig is, voortspruitend uit die diversiteit in byvoorbeeld die bestuursprofiel in die werksplek, kan beter bestuursbesluite op die tafel geplaas word. Verder, indien werknemers in die werksplek blootgestel word aan ander werknemers in 'n diverse werkpoel, sal aanpassing in die sosiale en ekonomiese omgang van die werknemer buite die werksplek ook verbeter. 'n Algemeen meer gebalanseerde werknemer word ten doel gestel wat indirek ook die werkgewer sal bevoordeel.

Die eerste stap vir die werkgewer is noodwendig om gelykheidsbeleide te formuleer, met die gepaardgaande analise van besigheidsnoodsaak en akkommodering van beroepsvereistes. Die vraag is egter verder, hoe ontwikkel die werkgewer in Suid-Afrika

⁸⁹ Sien ook Overell S, 1996: 7 rondom akkommodasie vir die ouer persoon.

⁹⁰ Die *Australian Women's Year Book 1997* dui 'n groeiende verandering in die werkmag aan weens die toetrede van vrouens, veranderde familie-strukture, veroudering van die populasie en verskillende verwagtinge van applikante.

⁹¹ Sien Russel, G: 1996, waar aangedui word dat veral senior vroulike werknemers groter satisfaksie in hulle werk ervaar indien die diensgelykheidsklimaat in die werksplek deur hulle as bevredigend beskou is.

paslike strategieë in 'n werksplek wat reeds effektiewe diensgelykheidsbeleide in plek het.

Aanvanklik sal senior bestuur 'n gelyke diensgeleenthede (EEO) strategiese plan formuleer, welke verfyn is deur werkswinkels vir werknemers en geïnkorporeer is tot die besigheid se bestuursplan.⁹² Hierdie plan bevat meetbare doelwitte vir spesifieke groeperinge. Soos uitgestip hierbo, word spesifieke strategieë ook vereis vir rekrutering en selektering. Die doel hiervan is geleë in die daarstelling van groter diversiteit in die poel van applikante vir posisies op alle vlakke. Duidelike diensomsrywings is geformuleer vir alle poste en 'n diverse groep werknemers is betrek in die seleksie prosedures.

Vervolgens moet die werkgever nou die integrasie en behoud van werknemers verseker. In hierdie verband moet die werkgever met werknemers konsulteer rondom hulle bestaande benaderings, voorkeure en behoeftes as 'n eerste stap in die bepaling van geleenthede vir buigsame werkspraktyke. Hierna moet die kwessie van bevordering of verbetering aangespreek word, ten einde te verseker dat die beste persone bevorderings- en ontwikkelingsgeleenthede ontvang, sonder om uit voeling te raak met die behoefte om struikelblokke te verwyder in die bevordering van persone uit aangewese groeperinge. Voorbeelde hiervan kan insluit die verskaffing van mentors, loopbaanbeplanning en die beplanning van opvolging.⁹³ Dit is belangrik om daarop te let dat kollektiewe bedinging nie direk hier ter sprake is nie. Die *Employment Equity Act* vereis uitdruk konsultasie en nie onderhandelings nie. Die enigste uitsondering is in artikel 16(3) van die *Employment Equity Act* waar konsultasie en die bereik van konsensus met 'n werksplekforum, in ooreenstemming met artikel 86 van die Arbeidsverhoudinge Wet, vereis word.

Die betrokkenheid van leierskap is, soos hierbo beklemtoon, van kritieke belang. Leierskap in die werksplek moet rigtingaanwysers en spesifieke aanspreeklikheid in die individuele bestuurders se areas van verantwoordelikheid bewerkstellig. Alhoewel die aanslag paternalisties mag voorkom, wil skrywer tog, ten einde die suksesvolle implementering van diensgelykheid in die werksplek te verseker, aan die hand doen dat daar van elke bestuurder verwag word om in sy betrokke afdeling aanspreeklikheid te aanvaar vir, inter alia, die volgende:

⁹² Sien artikel 16 van die *Employment Equity Act* wat die konsultasieproses uitstip.

⁹³ Sien die verslag rondom die implementering van buigsame werkspraktyke deur die Australian Public Sector Management Office, 1996.

- (i) bestaan en implementering van EEO beleide;
- (ii) bestaan en implementering van beleide rondom teistering in besonder;
- (iii) die bewustheid van werknemers van hierdie beleide;
- (iv) die hantering van klagtes vinnig en effektief;
- (v) die versekering dat alle werknemers opgelei is rondom EEO en teistering;
- (vi) die versekering dat alle kontakpersone en persone betrokke in die hantering van klagtes, paslike opleiding ontvang; en
- (vii) tasbare demonstrasie van 'n werklike verbintenis tot EEO en verbandhoudende beleide.

Dit volg egter noodwendig dat die resultate van persone wat die implementering van EEO projekte dryf, gereeld gemonitor moet word. Rapportering moet gefokus wees op statistiek, en moet die volgende prestasieterreine insluit:

- (i) indiensnemingsdiversiteit op alle vlakke;
- (ii) profiele van aansoeke en aanstellings ten opsigte van alle nuwe posisies en bevorderings van enige aard;
- (iii) gemiddelde besoldiging op alle vlakke;
- (iv) omsetkoers, of enige ander medium om die sukses/voortuitgang van die besigheid te bepaal;
- (v) die aantal en aard van teisterings- en diskriminasie klagtes; en
- (vi) die bepaling (deur betroubare en gevalideerde vraelyste) van werknemers se kennis van en benaderings tot diensgelykheid en bestaande institusionele EEO beleide.

Daar word verder aan die hand gedoen dat bestuurders se individuele institusionele prestasie-beoordeling (of die tradisionele kerfverhoging) gepaardgaan met 'n beoordeling van hulle toepassing van EEO beleide. Kommunikasie aan werknemers van doelwit-datums moet geskied en EEO opleiding moet vir alle werknemers geskied. Verslae behoort ook direk aan die werkgewer of Hoof Uitvoerende Beampte gestuur te word.

Ten einde bogaande sentimente struktureel voor te stel, word die onderstaande 12-punt plan voorgehou as 'n kontrolelys⁹⁴ vir implementering. Vakbonde en ander werknemers moet kontinue op hoogte gehou word van die inhoud van die plan en die stadium waarop die proses sou wees. Onderhandelinge moet paslik gevoer word waar lone en diensvoorwaardes gewysig moet word.

⁹⁴ Sien ook die Australian National Audit Office, 1999: 26

Nexus tussen gelyke diensgeleenthede (EEO) en die institusionele bestuursplan	
1	Besigheidsnoodsaak en inherente vereistes in spesifieke poste word geïdentifiseer.
2	EEO strategieë en diversiteitsbestuur word ingesluit en geïntegreer in alle besigheids- en bestuursplanne.
Bestuur, leierskap en aanspreeklikheid	
3	Uitvoerende Bestuur en Hoof Uitvoerende Beampte demonstreer leierskap ten aansien van EEO en werksmag diversiteit.
4	Aanspreeklikheid word gedelegeer en lynbestuurders word verantwoordelik gehou vir EEO resultate, deur die insluiting van EEO doelwitte en mylpale in hulle prestasie-ooreenkomste, en die beoordeling van prestasie op grond van sodanige resultate.
Menslike hulpbronne en praktyke	
5	Die organisasie demonstreer voldoende begrip vir die toepaslike wetsverpligting en die praktiese interpretasie daarvan in die betrokke werksplek.
6	Die organisasie poog proaktief om die gebruik van diensprosedures te ontwerp, te implementeer en te fasiliteer ten einde gelyke diensgeleenthede vir almal te verseker. In besonder word gefokus op die behoorlike verspreiding van persone uit geïdentifiseerde groeperinge in alle tipe poste (d.w.s. nie gekonsentreer in sekere tipe poste nie).
7	Die organisasie verseker paslike toegang tot opleiding en loopbaanontwikkelingsgeleenthede ten einde verteenwoordigende tekortkominge aan te spreek, insluitende doelbewuste aksies om vrouens, swart persone en gestremdes voor te berei vir senior posisies, en die paslike evaluering van die vermoëns van persone uit geïdentifiseerde groeperinge.
8	Strategieë word ontwerp ten einde die korporatiewe komponent in die organisasie, in besonder die senior personeel, op te lei, en te verseker dat die werksplek se gedragskode 'n kultuur reflekteer wat bevorderlik is vir gelykheid in diens.
9	Gerigte strategieë word ontwerp ten einde spesifieke struikelblokke in die diensgelykheid van aangewese groeperinge uit die weg te ruim, en realistiese tydsrame word ingestel alvorens hierdie strategieë geëvalueer word.

Bevordering van die diensgelykheidsplan	
10	Werknemers en hulle verteenwoordigers word gekonsulteer en op hoogte gehou van die ontwikkeling en implementering van die EEO program
11	Voortdurende inisiatiewe rondom die verbetering en bevordering van die diensgelykheidsplan moet geloods word, insluitende die monitering van data, evaluasie van die ontwikkeling van doelwitte, en die beoordeling van benaderings van werknemers.
Bereiking van doel	
12	Werkplek is gediversifiseer, vry van teistering, en effektiewe meganismes vir herstel is in plek.

3.2.2 SPESIFIEKE DIENSPRAKTYKE NA INDIENSNEMING

3.2.2.1 Vergoeding, die voorsiening van voordele en die verskaffing van dienste

Onbillike diskriminasie in die vergoedingstruktuur van die werkgewer moet vermy word. Aangesien sowel monetêre betaling as die verskaffing van voordele as vergoeding gereken word, behoort 'n omvattende vergoedingsraamwerk geformuleer te word. Nie alleen salarisskale nie, maar ook ander terme van die dienskontrak moet verreken word tot hierdie vergoedingsraamwerk. (Vergelyk hoofstuk 2 van hierdie proefskrif)

Indien poste dieselfde of soortgelyk is, moet persone van soortgelyke status gelyke vergoeding ontvang vir werk van gelyke waarde. Soos bespreek in hoofstuk 2 word onder werk van gelyke waarde gereken die verrig van werk op dieselfde terme, tensy daar 'n materiële verskil is in die verantwoordelikhede of aanspreeklikhede van die werk. Onder persone van gelyke status word 'n beoordeling op grond van kwalifikasies, dienstermyn en dergelike aspekte verreken, sonder diskriminasie ten aansien van ras, geslag, gestremdheid en ander diskriminasie gronde.⁹⁵

Betreffende die verskaffing van voordele, is dit van kernbelang dat alle werknemers gelyke toegang het tot die betrokke voordeel. Alhoewel 'n werkgewer aldus spesiale

⁹⁵ Sien hoofstuk 2 van hierdie studie. Sien in besonder die Britse Sex Discrimination Act, Race Relations Act en Equal Pay Act. Sien ook bespreking in Bourn C en Whitmore J, 1989: 2.

behandeling kan verskaf aan vrouens ten aansien van swangerskap en die geboorte van kinders, moet enige voordeel rondom kinderversorgingsfasiliteite of mediese sorg (waar die behoefte sou bestaan) op 'n gelyke basis gebied word aan sowel mans as vrouens.

Ander voorbeelde van voordele wat sonder diskriminasie aan alle werknemers gebied moet word, is toegang tot groeplewenskemas en pensioenskemas,⁹⁶ en toegang tot gesubsidieerde behuising.⁹⁷ Byvoordele kan ook nie onbillik beëindig word of deur middel van 'n onbillike prosesseringsproses selektief voorsien word aan sekere werknemers nie.

Onder die voorsiening van dienste, kan ingesluit word die verskaffing van toegang tot geboue, gronde en fasiliteite.⁹⁸ Ten aansien van klubs, waar daar op grond van die reg op vryheid van assosiasie gediskrimineer word, behoort daar in Suid-Afrika aan die volgende spesiale vereistes voldoen te word alvorens die diskriminasie as wettig geag kan word:

- i. *Die klub is nie 'n organisasie van werknemers, werkgewers of 'n geregistreerde vakbond nie; en*
- ii. *Die klub is nie oop vir die publiek of 'n gedeelte van die publiek nie, tensy dit 'n grondwet het wat toegang beperk tot lede, en "lidmaatskap" so gedefinieer word dat lede nie saamgestel word uit 'n gedeelte van die publiek nie, en*
- iii. *Die klub minder as 25 lede het.*⁹⁹

⁹⁶ Sien *Barclays Bank plc v Kapur & Others* [1989] I.R.L.R. 57. Sien ook bespreking in Financial Times, July 5, 1989, C.A. Sien ook soortgelyke bespreking in Bourn, 1989: 2-3, 74-75.

⁹⁷ Sien *Calder v James Finlay Corporation Ltd.* [1989] I.R.L.R. 55, E.A.T., waar 'n vroulike werknemer 'n gesubsidieerde huislening geweier is, omdat 'n ongeskrewe reël van die skema bepaal het dat die skema slegs toeganklik was vir mans. Sien ook artikel 6(2)(a) van die Britse Sex Discrimination Act 1976 wat diskriminasie in die verskaffing van ongelyke toegang tot voordele as onwettig reguleer. In *Calder* is dit duidelik beslis dat 'n kontinue diskriminerende handeling teenwoordig moet wees, in welke geval geen beroepskwalifikasie-verweer kan bestaan waar die aanspraak op pensioenvoordele aangedui word as minder gunstig as die van ander werknemers nie.

⁹⁸ Voorbeelde kan insluit toegang tot en gebruik van restaurante, oornagverblyf, vlugte, amptelike vervoer, eie geboue en fasiliteite (byvoorbeeld die Biblioteek by 'n Hoër Onderwysinstelling of Skool), vermaak, aftrekorderfasiliteite, krediet, versekering, lenings. Sien ook *Tottenham Green Under Fives Centre v Marshall* [1989] I.R.L.R. 126, E.A.T. rondom welsynsaktiwiteite.

⁹⁹ Sien Bourn C en Whitmore J, 1989: 4

3.2.2.2 Dissipline, ontslag en degradering

In die Verenigde Koninkryk is die verweer van werklike beroepskwalifikasie nie van toepassing op geslagsdiskriminasie na indiensneming nie, maar wel by diskriminasie by aanstelling.¹⁰⁰ Soos hierbo uiteengesit, sal die verweer van werksvereistes wel gebruik kan word in die Suid-Afrikaanse konteks vir diskriminasie na indiensneming, maar behoort 'n streng toets rondom besigheidsnoodsaak die aangeleentheid dan te reguleer.

Betreffende degradering en dissiplinêre stappe voor ontslag, moet 'n billike prosedure en legitieme gronde enige sodanige stappe voorafgaan. Ten aansien van skorsing, moet 'n verhoor ook vooraf geskied, tensy 'n legitieme besigheidsbelang benadeel sal word deur die voortgesette teenwoordigheid van die werknemer op die werksperseel.¹⁰¹

3.2.2.3 Teistering

Soos aangedui in die regsvergelykende studie in hoofstuk 2 hierbo, word die standaard van gedrag wat teistering sal daarstel, subjektief beoordeel vanuit die oogpunt van die slagoffer. By implikasie sal besigheidsnoodsaak nie aangevoer kan word indien enige werksopdrag of –verpligting 'n teisterende effek het op 'n werknemer uit 'n aangewese groepering nie.

3.2.2.4 Bevordering en oorplasing

Bevorderingsbeleide en –prosedures moet op 'n gelyke basis geïmplementeer word vir alle groeperinge, ongeag ras, geslag of ander diskriminasiegrond. 'n Billike bevordering kan geskied met die doel van loopbaanbevordering¹⁰², maar direkte diskriminasie sal

¹⁰⁰ Sien *Times Ltd, v Hodgson* [1981] I.R.L.R. 530, E.A.T. Sien ook *Strathclyde Regional Council v Porcelli* [1986] I.R.L.R. 134 at p. 137, *Wileman v Milne Engineering Ltd.* [1988] I.R.L.R. 145, *Balgobin v London Borough of Tower Hamlets* [1987] I.R.L.R. 401, *Ministry of Defence v Jeremiah* [1980] I.C.R. 13, C.A., *British Leyland Cars Ltd v Brown* [1983] I.R.L.R. 193, E.A.T., en *Snowball v Gardener Merchant Ltd.* [1987] I.R.L.R. 397.

¹⁰¹ Sien ook die bepalings rakende bedryfsvereistes en die aanbevole gedragskode soos vervat in die Wet op Arbeidsverhoudinge van die RSA, 1995.

¹⁰² Sien *Van Zyl R et al*, 1996: 498, waar die volgende vereistes rakende billike bevordering, soos uiteengesit in die RSA Discrimination Code, aanbeveel word:

- (i) There should be career counselling offered to all employees;
- (ii) All promotions shall be open to all applicants, irrespective of sex or race;
- (iii) NUMSA shall be informed timeously of all promotions;
- (iv) Promotional plans could be introduced, whereby all job promotional opportunities, the employer's human resources needs, the promotional system, procedures and career path analyses are made known to all employees;
- (v) A formal promotion policy must be negotiated with the union;

teenwoordig wees waar die werkgever sekere bevorderings- of oorplasingseleenthede allokier vir persone uit bepaalde nie-aangewese groeperinge. Indirekte diskriminasie sal geskied waar 'n vereiste of voorwaarde, soos vergestalt in 'n bevorderingsbeleid of –prosedure, 'n nadelige impak het op persone uit aangewese groeperinge.¹⁰³

3.2.2.5 Opleiding

-
- (vi) *The relevant criteria for promotion shall be clearly described. The criteria shall be objective and based on the inherent requirements of the job;*
 - (vii) *All employees shall be free to apply for any vacancy for which they consider themselves suited, whether in their own department, or not;*
 - (viii) *Members of a disadvantaged race or sex should be targeted for training to allow them to become eligible to compete equally for promotion.*
 - (ix) *For as long as the composition of the work force does not reflect the racial or sexual composition of the society as a whole, should two or more employees applying for promotion exhibit the required merit and capacity, the member of the disadvantaged race or sex should be promoted;*
 - (x) *All promotions must be advertised internally, using the following methods:*
 - (a) *information regarding promotion must be posted on notice boards in all applicable languages;*
 - (b) *all potential applicants must be advised of promotions by a notice in their wage packets;*
 - (c) *potential applicants must be approached personally with details on the promotion.*
 - (xi) *information must be provided concerning the actual duties of the job, as well as what is required, and what will be provided in the way of training and development. Information of future career prospects should also be provided. Where there are limited opportunities for significant progression, these should be identified and made known to possible applicants.*
 - (xii) *Procedures and time-limits for application shall be clearly stated and made generally known;*
 - (xiii) *Seniority-based promotions should be encouraged because they are based on objectivity. The issue of seniority, and how it is accumulated should be negotiated with NUMSA - but women going on maternity leave should not lose, on their return, any seniority they have accumulated. When more than one employee applies for the same promotion, and ability, merit and capability are equal, and the principle of affirmative action does not apply, then the employee with the highest seniority should be given preference;*
 - (xiv) *When promotion on the basis of merit, the company should use criteria and appraisal tools which do not, directly or indirectly, discriminate;*
 - (xv) *The manner in which competence is defined and measured should be made clear in the company's promotion policy;*
 - (xvi) *The appraisal tools that are used should be objective and linked to the requirements of the job. For instance, performance appraisals should be based on factors which are relevant to the job. Further, in order to reduce the effects of subjective value judgments, performance appraisals should be:*
 - (a) *done by more than one supervisor;*
 - (b) *signed and commented upon by the worker and/or;*
 - (c) *done by peer group assessment.*
 - (xvii) *Prior knowledge, experience and skills, however and whenever acquired, should be recognised."*

¹⁰³ *Sien Watches of Switzerland v Savell* [1983] I.R.L.R. 141, E.A.T. Sien ook artikel 6(2)(a) van die Britse Sex Discrimination Act, en artikel 6(2)(b) van die Britse Race Relations Act.

'n Werkgewer kan spesiale opleidingsgeleenthede skep vir persone uit aangewese groeperinge as deel van 'n regstellende aksie program, maar beloftes ten aansien van werk as 'n resultaat van sodanige opleiding sal wel volgens *Bourn* 'n diskriminerende handeling daarstel.¹⁰⁴ Volgens die Suid-Afrikaanse *Unfair Discrimination Code* word die versuim om opleiding aan persone uit aangewese groeperinge te voorsien, en die verskaffing van gebrekkige opleiding aan sodanige persone, ook as potensiele ongeregverdigde diskriminasie geïmpliseer.¹⁰⁵

3.2.3 FINALE BEOORDELING

Dit volg uit bogaande bespreking dat die werkgewer finaal aanspreeklik bly vir alle diskriminerende praktyke of handeling deur sy organisasie of besigheid, of enige lid van die werksmag, tensy die werkgewer kan aantoon dat hy of sy redelike stappe geneem het ten einde te verhoed dat sodanige misdrywe plaasvind. Uit die regsvergelykende studie in hierdie navorsing, blyk dit dat sodanige diskriminerende handeling na aanstelling hoofsaaklik sentreer rondom:

- (i) dienstertme;

¹⁰⁴ Bourn C en Whitmore J, 1989: 84

¹⁰⁵ Sien Van Zyl R et al, 1996: 501-501, waar die volgende vereistes rondom opleiding, soos vervat in die *Unfair Discrimination Code*, aanbeveel word:

- (i) "It is acknowledged that all employees, irrespective of their race or sex, have the right to training and to develop to their full potential;
- (ii) All employees, irrespective of their race or sex, should be informed of training opportunities and encouraged to pursue a career path whenever such opportunities are available;
- (iii) The application requirements and procedures for training programmes should be clearly defined, followed and made available to all employees;
- (iv) The selection criteria should be in accordance with B.2 of this Code (not provided);
- (v) Training programmes should be developed to assist employees of a disadvantaged race or sex in overcoming obstacles to their entrance and development in employment. Specifically, it should be ensured that:
 - (a) training programmes are developed to assist all employees in adjusting to structural change and technological innovation in the workplace;
 - (b) such training programmes are provided during normal working hours without loss of pay;
 - (c) training programmes are provided to permit members of the disadvantaged race or sex to compete equally for promotion in the labour market;
 - (d) training programmes are designed to develop workers' existing skills to required standard. Recognition of prior learning should be given;
 - (e) training programmes are provided to increase employees' written and spoken communication and general basic education;
 - (f) where a worker lacks the necessary general education to enter a training programme, such general education is provided through a special programme.
- (vi) Training programmes, procedures, manual and materials should be regularly reviewed, updated and changed to ensure that employees are not being unfairly discriminated against;
- (vii) Training delegates should not be penalised because they are attending a training course."

- (ii) toegang tot geleentneae vir opleiding, oorplasing en bevordering;
- (iii) toegang tot voordele, fasiliteite en dienste;
- (iv) dissipline en ontslag;
- (v) instruksies.¹⁰⁶

Dit is ook aangetoon in hierdie regsvergelykende studie dat diskriminasie wel onder sekere omstandighede toelaatbaar is. Die gevolgtrekking is gemaak dat werkgewersverwere soos aangetref in ander Westerse lande onder bepaalde omstandighede toepaslik is in die Suid-Afrikaanse arbeidsreg.¹⁰⁷ Waar 'n Suid-Afrikaanse werkgewer naamlik gekonfronteer word met 'n klag van ongelyke impak, word dit van die werkgewer verwag om aan te dui dat die ongelyke impak (indien bewys deur die klaer) geregverdig is op grond van besigheidsnoodsaak. Die werknemer kan op sy beurt hierdie regverdiging weerlê deur aan te toon dat ander nie-diskriminerende alternatiewe bestaan.¹⁰⁸

Die verweer van inherente vereistes van die werk (welke verweer insluit bona fide, of werklike, beroepsvereistes) is nie so beperkend in die Suid-Afrikaanse arbeidsreg as in die Amerikaanse indiensnemingsreg nie, aangesien geen spesifieke kriterium uitgesluit is van die verweer nie.¹⁰⁹ Die gevolg is dat, ooreenkomstig 'n beperkende interpretasie van die bepalings in hoofstuk II van die EEA in Suid-Afrika, enige diskriminasiegrond wettiglik in hierdie verweer beliggaam kan word. Soos reeds in hoofstuk 3 aangetoon, word 'n strenger toets egter ten aansien van direkte geslagsdiskriminasie, en 'n besondere streng toets ten aansien van direkte rassediskriminasie in Suid-Afrika voorgestaan, gegewe die internasionale tendens.¹¹⁰

¹⁰⁶ Sien die Britse Race Relations Act, artikel 4 en die Britse Sex Discrimination Act, artikel 6. Klagtes van geslagsdiskriminasie in kontraktuele voordele word egter deur die Equal Pay Act van Brittanje hanteer. Sien ook *New Castle City Council*, 1998: 4 vir bespreking van die verskyningsvorme van diskriminasie.

¹⁰⁷ Die instelling van positiewe maatreëls en werklike beroepskwalifikasies is bespreek in hoofstuk 2 en 3.

¹⁰⁸ Sien ook *Larry P. v Riles*, 793 F. 2d 969, 982 (9th Cir. 1984).

¹⁰⁹ Vergelyk 42 U.S.C. artikel 2000e-2(e) (1976), waar ras of kleur uitgesluit is as 'n bona fide occupational qualification (BFOQ) in die Amerikaanse arbeidsreg. Sien ook *Rucker v Higher Education Aids Bd.*, 669 F.2d 1179, 1181 (7th Cir. 1982); *Burwell v Eastern Air Lines, Inc.*, 633 F.2d 361, 370 n. 13 (4th Cir. 1980).

¹¹⁰ Sien *Dothard v Rawlinson*, 433 U.S. 321, 334 (1977) waar die BFOQ uitsondering as 'n besonder eng uitsondering tot die algemene verbod van geslagsdiskriminasie gekonstrueer is. Sien ook die historiese uiteensetting van die BFOQ verweer in die "Interpretative Memorandum" van *Senators Case en Clark*, waar die BFOQ bepaling as 'n "limited right to discriminate" onder Titel VII vertolk is: 110 CONG. REC. 7213 (1964).

Die verweer rondom werksvereistes is nou verwant aan die verweer van besigheidsnoodsaak.¹¹¹ Alhoewel daar teoretiese verskille uitgewys kan word, funksioneer die verweere in praktyk op 'n soortgelyke basis. Die besigheidsnoodsaak verweer kan naamlik deur die Suid-Afrikaanse werkgewer gebruik word in gevalle waar 'n neutrale diensverwante beleid ongelyke impak tot gevolg het op 'n betrokke groepering werknemers (indirekte diskriminasie).¹¹² Hierteenoor, indien 'n diensbeleid of vereiste onderskeie groepe verskillend hanteer op sigwaarde (direkte diskriminasie), kan die verweer rondom werksvereistes ter sprake kom. Beide verweere vereis 'n duidelike demonstrasie van dwingende besigheidsbehoefte ten einde die ongelyke behandeling van lede van 'n beskermde groep te regverdig.¹¹³

Die verweer rondom werksvereistes sal egter ook in Suid-Afrika onsuksesvol wees indien die werkgewer die uitsluiting van 'n persoon tot 'n bepaalde werk baseer op stereotipe aannames van persone uit aangewese groeperinge se vermoë om die werk of betrokke aspek van die werk te kan doen. Die beginsel van nie-diskriminasie vereis naamlik dat die individu oorweeg moet word op die basis van individuele bevoegdhede en nie op die basis van ander karaktereenskappe gewoonlik toegereken aan die betrokke groepering nie.¹¹⁴

Dit volg uit bogaande dat die verweer van besigheidsnoodsaak van toepassing sal wees in die Suid-Afrikaanse konteks ten opsigte van dienspraktyke of -beleide wat of sigwaarde diskrimineer op enige van die gronde soos uitgestip in die Employment Equity Act. Die werkgewer moet in so 'n geval aantoon dat die betrokke vereiste redelikerwys noodsaaklik is vir die normale bedryf van die besigheid, en moet die Suid-Afrikaanse howe nog aandui welke toets gebruik moet word in die bepaling of 'n diskriminerende praktyk inderdaad redelikerwys noodsaaklik was.¹¹⁵ Vergelyk in hierdie verband ook die voorgestelde konsepwetgewing, vervat in hierdie hoofstuk, wat onsekerheid in hierdie opsig uit die weg sal ruim.

¹¹¹ Sien bespreking van die *Griggs v Duke Power Co.* - beslissing infra.

¹¹² Sien bespreking van die *Griggs v Duke Power Co.* - beslissing infra.

Die verweer van besigheidsnoodsaak het in Amerika ontwikkel in 'n gebalanseerde verweer, en moet die werkgewer aantoon:

- (1) dat die besigheidsdoel die diskriminerende effek noodsaak; en
- (2) dat die diskriminerende praktyk die beweerde besigheidsbelang bevorder; en
- (3) dat daar nie minder diskriminerende alternatiewe bestaan nie.

¹¹³ Sien *Dothard v Rawlinson*, 433 U.S. 321, 334 n. 19 (1977). Sien ook *University of Southern California School of Law*, 1984: 341

¹¹⁴ Sien EEOC riglyne soos vergestalt in 29 C.F.R. artikel 1604.2(a)(1)(ii) (1982). Sien ook *City of Los Angeles Dep't of Water and Power v Manhart*, 435 U.S. 702, 707 (1978); *Rosenfeld v Southern Pac. Co.*, 444 F.2d 1219, 1223-25 (9th Cir. 1971).

¹¹⁵ Sien 42 U.S.C. artikel 2000e-2(e) (1976).

Alhoewel daar nie uitdruklik voorsiening gemaak word vir die verweer van besigheidsnoodsaak in die Employment Equity Act nie, word daar aan die hand gedoen dat hierdie verweer gebruik behoort te word by gevalle van indirekte diskriminasie, soos gemotiveer in hoofstuk 2 en 3 van hierdie proefskrif.¹¹⁶ Alhoewel die Suid-Afrikaanse wetgewer nie duidelike definisies van direkte en indirekte diskriminasie gee nie, is dit duidelik dat direkte diskriminasie, indirekte diskriminasie en viktimisasie as onaanvaarbare vorme van onbillike diskriminasie beskou word.¹¹⁷ Beide hierdie drie kategorieë van diskriminasie word verbied, en is werkgewersverwere wat ten aansien van diskriminasie ontwikkel is (d.i. regstellende aksie en besigheidsnoodsaak soos bespreek in hoofstuk 2 en 3) van toepassing op al drie vorme van diskriminasie.

Ter aanvulling tot die kriteria soos geïdentifiseer in hoofstuk 2, kan die volgende drie toetse aangewend word deur die Suid-Afrikaanse werkgewer om te bepaal of 'n diskriminerende praktyk "redelikerwys noodsaaklik"¹¹⁸ is vir die normale bedryf van die besigheid:

(i) Die "alles of substansieel alles"- toets: Ingevolge hierdie toets, moet die werkgewer bewys dat hy billike rede gehad het om te glo (duidend op 'n feitlike basis van beoordeling) dat "alle of substansieel alle" persone uit die betrokke aangewese groepering nie in staat sal wees om die betrokke pligte van die pos veilig en effektief te verrig nie.¹¹⁹

(ii) Die "stereotype aanname"- toets: Ingevolge hierdie toets, word die uitsluiting tot 'n bepaalde werk van 'n persoon vanuit 'n aangewese groepering verbied, waar sodanige uitsluiting gebaseer word op stereotype aannames van die eienskappe van die betrokke groepering.¹²⁰

¹¹⁶ Besigheidsnoodsaak is die uitgekristalliseerde verweer ten opsigte van indirekte diskriminasie in die VSA.

¹¹⁷ Vergelyk artikel 6 van die *Employment Equity Act* en artikel 1(viii) van die *Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act*.

¹¹⁸ Die standaard wat inisieel voorgestel is in die Amerikaanse Kongres debatte rondom die BFOQ bepaling, sou diskriminasie toegelaat het wanneer die werkgewer geglo het "*on the basis of substantial evidence...that hiring an individual of ne gender over the other [would] be more beneficial to the normal operations of ...[the] business or to its good will.*" (Sien 110 CONG.REC. 13, 825 (1964)) Hierdie standaard, wat meer buigsaam is as die "redelikerwys noodsaaklik"-toets is egter verwerp. (Sien Id. op 13.826). Sien ook toepaslike bespreking rondom kliëntevoorkeur in University of Kansas School of Law, 1982: 198.

¹¹⁹ Sien *Weeks v Southern Bell Telephone and Telegraph Co.* 408 F.2d 228 (5th Cir. 1969), soos bespreek infra.

¹²⁰ Sien *Rosenfeld v Southern Pacific Co.* 444 F. 2d 1219, 1223-4 (9th Cir. 1971), waar die werkgewer se pogings om die algemeen aanvaarde karakterisering van vroue as die "swakker geslag" as 'n BFOQ te bewys, misluk het.

(iii) Die “wese van die besigheid”- toets: Ingevolge hierdie toets, moet die diskriminerende praktyk noodsaaklik, en nie bloot gerieflik nie, wees vir die bedryf van die besigheid. Die diskriminerende handeling sal naamlik slegs geldig wees indien die wese van die besigheid ondermyn sal word indien ‘n persoon uit ‘n bepaalde nie-aangewese groepering nie aangestel word nie.¹²¹ Hierdie toets, in teenstelling met bogemelde twee toetse, vereis nie die bestaan van ‘n bepaalde karaktereienskap (soos fisieke krag) nie, maar vereis bloot dat die diskriminerende handeling die wese van die besigheid raak.

Skrywer wil aan die hand doen dat, gegee die generiese aard van diskriminasie verbodende soos vervat in gelykheidswetgewing in Suid-Afrika, en in lyn met die regsvergelijkende studie in hoofstuk 2, ‘n gekombineerde toets in die Suid-Afrikaanse werksfeer aangewend word, waarvolgens die volgende vereis word:

- i. *‘n Vaststelling van die wese van die werkgewer se besigheid;*
- ii. *‘n Onafhanklike, feitelike basis vir bepaling of alle of substansieel alle persone uit die betrokke aangewese groepering die wese van die werk sou ondermyn.*
- iii. *‘n Gesubstansieerde aanduiding dat die werkgewer nie werksverantwoordelikhede kan herorganiseer ten einde die konflik te vermy nie;*
- iv. *‘n Evaluering van die werkgewer se vergelykende status in die betrokke besigheidsektor, ten einde te bepaal of die nie-diskriminasie ‘n kreupelende effek op die besigheid sou hê; en*
- v. *‘n Balansering van die potensiele verlies van inkomste vir die werkgewer en die individuele regte van die betrokke persone.*

Die toepassing van hierdie vyf-punt toets sal ‘n beoordeling op meriete van elke geval noodsaak, maar word ‘n stel riglyne verskaf wat noodsaaklik is vir doeleindes van Suid-Afrikaanse gebruik. Daar word aan die hand gedoen dat geen diskriminerende werksvereiste per se gediskwalifiseer moet word nie, maar dat die beginsel geïmplementeer word dat alle faktore oorweeg moet word ten einde billikheid te bepaal.

4. SAMEVATTING VAN PROEFSKRIF

Die Suid-Afrikaanse wetgewer poog met die *Employment Equity Act 1998* en die *Promotion of Equality and the Prevention of Unfair Discrimination Act 2000* om gestalte

¹²¹ Sien *Díaz v Pan American World Airways, Inc.* 442 F. 2d 385 (5th Cir. 1971), soos bespreek infra. Die wese van die besigheid moet onderskei word van die wese van die betrokke werk.

te gee aan die konstitusionele regte rondom billikheid en regstellende aksie.¹²² Soos dit egter duidelik na vore gekom het in hierdie regsvergelykende studie, is die Suid-Afrikaanse wetgewing gebrekkig betreffende die spesifieke regulering van die afsonderlike diskriminasievorme soos ras, geslag, gestremdheid en ouderdom. Deurdat die onderskeie diskriminasievorme globaal hanteer word in algemeen verbiedende bepalings, word fynere nuanses verbonde aan die onderskeie diskriminasievorme nie verreken nie.

Alhoewel daar in hierdie navorsing tot die gevolgtrekking gekom word dat die inhoud van die diskriminasievorme, soos gevestig in leidinggewende Westerse regstelsels, wel ooreenkomstig die regsvergelykende analise tesame met die relevante verwerre toepassing kan vind in Suid-Afrika, behoort die Suid-Afrikaanse wetgewer regsekerheid daar te stel deur presiese inhoud te gee aan sowel die aard van die diskriminasiegronde, as die verbandhoudende verwerre. Die behoefte aan spesifieke wetgewing ten aansien van ras-, geslags- en vergoedingsdiskriminasie word as 'n dringende prioriteit geïdentifiseer.

Hoofstuk 2 het 'n regsvergelykende studie van diensbillikheid in leidinggewende Westerse regstelsels geloods. Vergoedingsdiskriminasie is as 'n primêre vorm van diensdiskriminasie ontleed, terwyl die beginsels van gelyke en vergelykbare waarde onder die soeklig geplaas is. In die ondersoek rondom die generiese billikheidsbeginsels in diensdiskriminasie is daar regsvergelykend 'n analise gemaak van "besigheidsnoodsaak" wat as werkgewersverweer gebruik kan word in klagtes van "ongelyke behandeling" en "ongelyke impak".

Hoofstuk 3 het die politieke en sosiale behoeftes van die land ondersoek en leemtes geïdentifiseer. Bestaande wetgewing in Suid-Afrika is ontleed, en Parlementêre beleid is binne die nasionale behoeftes van die land beoordeel.

Gebaseer op die regsvergelykende studie en die sosio-politieke verwagtinge in Suid-Afrika, het skrywer vervolgens 'n konsepwet vir "Rassediskriminasie in Diens", 'n konsepwet vir "Geslagsdiskriminasie in Diens" en 'n konsep wet vir "Gelyke Betaling in Diens" vervat in Hoofstuk 4. Indien die wetgewer sou voortgaan om gemelde drie wette

¹²² Sien artikel 1(b) van die RSA Grondwet 1996. Sien ook artikel 9 van die RSA Grondwet 1996 rondom die reg op gelykheid. Sien verder ook die Suid-Afrikaanse "Women's Charter for Effective Equality" 1993, en die "National Policy for Women's Empowerment" 1995. Sien ook bespreking in hoofstuk 3 rondom die ratifikasie van internasionale konvensies soos die "United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW)" en die "Beijing Platform for Action" in 1995.

te promulgeer, sal dubbelsinnigheid rondom die beginsel van besigheidsnoodsaak uitgeklaar word en statutêre regsekerheid verskaf word rondom die aard en inhoud van sowel direkte as indirekte diskriminasie in diens. Leemtes wat verdere navorsing in Suid-Afrika behoef, soos uitgewys in hierdie proefskrif, sluit in navorsing ten aansien van “billikheid in kollektiewe bedinging”, “die rol van billikheid in prestasie-meting” en “gelyke dienspraktyke ten opsigte van persone met gestremdhede”.

Daar word in die laaste instansie aan die hand gedoen dat die praktiese implementeringsraamwerk vir Suid-Afrikaanse diensdiskriminasie, soos uiteengesit in hierdie hoofstuk (hoofstuk 4), die behoeftes van alle Suid-Afrikaners sal integreer en gelyke toegang sal waarborg vir alle persone, ongeag ras, geslag, status of ander kwaliteit. Gegewe die nasionale behoeftes en aspirasies van ‘n diverse gemeenskap soos in Suid-Afrika, behoort sodanige beginsels uitvoering te gee aan die utilitaristiese verwagting rondom “die grootste geluk vir die grootste aantal persone”.

BYLAE A: KONSEPWETSVOORSTELLE RAKENDE RASSEDISKRIMINASIE IN DIENS

Ten einde sekere vorme van rasediskriminasie in diens as onbillik te reguleer; ten einde die eliminerings van sodanige diskriminasie en die bevordering van gelyke geleenthede tussen persone uit alle rasse te verseker; en vir verwante doeleindes;

Word die volgende konsepwetsvoorstelle gemaak vir oorweging deur bevoegde gesag:

1. (1) 'n Persoon se handeling of versuim word beskou as diskriminasie in enige omstandigheid relevant vir die doeleindes van hierdie Wet indien –
 - (a) hy of sy 'n persoon minder gunstig behandel op grond van ras as wat hy of sy iemand anders sou hanteer;
 - (b) sodanige handeling of versuim, wat oënskynlik neutraal voorkom, 'n ongelyke effek het op persone van 'n bepaalde rassegroep.
- (2) 'n Persoon diskrimineer op grond van ras in enige omstandigheid relevant vir die doeleindes van hierdie Wet indien so 'n persoon op die betrokke werknemer of applikant 'n vereiste of voorwaarde van toepassing maak, welke vereiste of voorwaarde op 'n gelyke basis van toepassing gemaak word of gemaak sou word op persone uit alle rasse, maar –
 - (a) wat so 'n effek het dat die aantal persone uit 'n bepaalde rassegroep wat aan die vereiste of voorwaarde kan voldoen, aansienlik kleiner is as die aantal persone wat nie uit die bedoelde rassegroep kom nie; en
 - (b) wat nie deur die persoon aangetoon kan word as regverdigbaar ongeag die ras van die persoon waarop dit van toepassing gemaak is nie; en
 - (c) wat tot die betrokke persoon se nadeel is, aangesien hy of sy nie daaraan kan voldoen nie.
2. (1) 'n Persoon (die diskrimineerder) diskrimineer teen 'n ander persoon (die geïkтымiseerde) indien hy of sy in enige omstandighede relevant vir die doeleindes van enige bepaling van hierdie Wet, die geïkтымiseerde minder gunstig behandel as wat hy in daardie omstandighede 'n ander persoon of

persone behandel of sou behandel, indien die geviktimizeerde 'n klag van diskriminasie of viktimisasie soos verbied deur hierdie of enige ander wetgewing aanhangig maak of beoog om so 'n klag aanhangig te maak.

- (2) Subartikel (1) is nie van toepassing op gevalle van ongelyke behandeling van 'n persoon op grond van enige beweringe gemaak deur die geviktimizeerde, waar sodanige beweringe vals was en nie in goeie trou gemaak is nie.
3. (1) 'n Vergelyking tussen sake van persone van verskillende rasse onder artikel 1 of 2, moet gedoen word waar die relevante omstandighede in die een saak dieselfde, of nie heeltemaal verskillend nie, as die ander is.
4. (1) Dit is onregmatig vir 'n persoon om teen 'n persoon te diskrimineer –
 - (a) in die reëlins wat hy tref vir doeleindes van bepaling vir wie die diens aangebied moet word; of
 - (b) in die terme waarop die persoon uit 'n bepaalde rassegroep die diens aangebied word; of
 - (c) deur die indiensneming van die persoon te weier of doelbewus versuim om hom of haar die diens aan te bied op grond van ras.
- (2) Dit is onregmatig vir 'n persoon, om teen 'n persoon uit 'n bepaalde rassegroep te diskrimineer –
 - (a) in die reëlins wat hy tref ten einde aan hom of haar toegang te bied tot geleenthede vir bevordering, oorplasing of opleiding, of enige ander voordele, fasiliteite of dienste, of deur te weier of doelbewus te versuim om aan hom of haar toegang daartoe te verleen; of
 - (b) in die reëlins wat hy tref ten einde hom of haar te ontslaan, of aan enige ander vorm van benadeling of minder gunstige behandeling te onderwerp.
5. (1) Ten aansien van rassediskriminasie –
 - (a) is artikel 4 nie van toepassing op enige ongelyke behandeling of onbillike praktyk (uitgesluit viktimisasie) waar dit 'n bona fide beroepskwalifikasie is dat die persoon in die betrokke diens 'n

- persoon uit 'n bepaalde rassegroep moet wees, of waar die diskriminasie gemotiveer word uit hoofde van besigheidsnoodsaak ;
- (b) is artikel 4 nie van toepassing op enige ongelyke impak waar sodanige impak redelikerwys noodsaaklik is vir die normale bedryf van die werkgewer se besigheid nie;
 - (c) Is artikel 4 nie van toepassing op enige ongelyke behandeling of onbillike praktyk wat deel uitmaak van 'n regstellende aksieprogram, soos vervat in die amptelike diensgelykheidsplan van die werkgewer nie.
6. (1) Ras is slegs 'n bona fide beroepskwalifikasie vir diens in een of meer van die volgende gevalle –
- (a) waar die wesensaard van die werk 'n persoon uit 'n bepaalde rassegroep vereis vir dramaproduksies of ander vermaak of kunsvorme waar 'n persoon uit 'n bepaalde rassegroep benodig word vir redes van outentisiteit; of
 - (b) waar die persoon in die werk aan individue persoonlike dienste moet verskaf ten einde hulle welstand of opvoeding te bevorder, of soortgelyke persoonlike dienste, en sodanige dienste die effektiwste voorsien kan word deur 'n persoon uit 'n bepaalde rassegroep.
7. (1) Ten einde besigheidsnoodsaak te bewys, moet die werkgewer aantoon dat:
- (a) daar 'n oorheersende en deurslaggewende en legitieme besigheidsdoel bestaan wat die praktyk redelikerwys noodsaaklik maak vir die veilige en effektiewe bedryf van die besigheid; en
 - (b) onbillike impak of onbillike behandeling redelikerwys noodsaaklik is om te verhoed dat die wese van die besigheid of onderneming substansieel ondermyn word; en
 - (c) die onbillike impak of onbillike behandeling werksverwant is; en
 - (d) die werkgewer nie werksverantwoordelikhede kan herorganiseer ten einde die diskriminasie te vermy nie; of
 - (e) die potensiële verlies van inkomste vir die werkgewer, weens nie-diskriminasie, 'n kreupelende effek op die besigheid sal hê.

8. Definisies:

- (1) “Ras” – sluit in kleur, nasionaliteit (ingesluit burgerskap), etniese en nasionale oorsprong.
- (2) “In diens” - beteken in diens onder ‘n dienskontrak van enige aard, hetsy permanent of tydelik, ingeslote applikante.
- (3) “Persoon” - sluit in ‘n man of vrou, werkgewer, organisasie, regspersoon.
- (4) “Diens” - word as sinoniem met begrippe soos werk, besigheid en beroep gebruik.

BYLAE B: KONSEPWETSVOORSTELLE RAKENDE GESLAGSDISKRIMINASIE IN DIENS

Ten einde sekere vorme van geslagsdiskriminasie in diens as onbillik te reguleer; ten einde die eliminerings van sodanige diskriminasie en die bevordering van gelyke geleenthede tussen mans en vrouens te verseker; en vir verwante doeleindes;

Word die volgende konsepwetsvoorstelle gemaak vir oorweging deur bevoegde gesag:

1. (1) 'n Persoon diskrimineer teen 'n vrou in enige omstandigheid relevant vir die doeleindes van hierdie Wet indien –
 - (a) so 'n persoon die betrokke vrou minder gunstig behandel op grond van haar geslag as wat die persoon 'n man sou behandel het, of
 - (b) so 'n persoon op die betrokke vrou 'n vereiste of voorwaarde van toepassing maak, welke vereiste of voorwaarde die persoon op 'n gelyke basis van toepassing maak of sou maak op 'n man, maar –
 - (i) wat so 'n effek het dat die aantal vrouens wat aan die vereiste of voorwaarde kan voldoen, aansienlik kleiner is as die aantal mans wat daaraan kan voldoen; en
 - (ii) wat nie deur die persoon aangetoon kan word as regverdigbaar ongeag die geslag van die persoon waarop dit van toepassing gemaak is nie; en
 - (iii) wat tot die betrokke vrou se nadeel is, aangesien sy nie daaraan kan voldoen nie.
 - (2) Indien 'n persoon 'n man anders hanteer of sou hanteer in ooreenstemming met die man se maritale status, moet so 'n persoon se behandeling van 'n vrou vir die doeleindes van subartikel (1)(a) vergelyk word met die behandeling van 'n man met dieselfde maritale status.
2. (1) Artikel 1, en ander verbiedende bepalinge in hierdie wet ten aansien van geslagsdiskriminasie teen vroue, moet gelees word as soortgelyk van toepassing op die behandeling van mans, en sal vir hierdie doeleindes effek hê met sodanige wysigings as nodig.
 - (2) In die toepassing van subartikel (1) sal enige spesiale behandeling van

vrouens op grond van of in verband met swangerskap of geboorte nie beskou word as diskriminasie nie.

3. (1) 'n Persoon diskrimineer teen 'n getroude persoon in enige omstandighede relevant tot die diens van so 'n getroude persoon indien:
- (a) hy die persoon op grond van sy of haar getroude status minder gunstig behandel as wat hy 'n ongetroude persoon van dieselfde geslag sou behandel, of
 - (b) hy op daardie persoon 'n vereiste of voorwaarde van toepassing maak wat hy op 'n gelyke basis van toepassing maak of sou maak op 'n ongetroude persoon, maar –
 - (i) wat sodanige effek het dat die gedeelte van getroude persone wat daaraan kan voldoen aansienlik kleiner is as die gedeelte van ongetroude persone van dieselfde geslag wat daaraan kan voldoen, en
 - (ii) wat nie deur die persoon aangetoon kan word as regverdigbaar ongeag die maritale status van die persoon waarop dit van toepassing gemaak is nie; en
 - (iii) wat tot die betrokke persoon se nadeel is, aangesien hy of sy nie daaraan kan voldoen nie.
4. (1) 'n Persoon (die diskrimineerder) diskrimineer teen 'n ander persoon (die verontregte) indien hy in enige omstandighede relevant vir die doeleindes van enige bepaling van hierdie Wet, die verontregte minder gunstig behandel as wat hy in daardie omstandighede 'n ander persoon of persone behandel of sou behandel, indien die verontregte 'n klag van diskriminasie of viktimisasie soos verbied deur hierdie of enige ander wetgewing aanhangig maak of beoog om so 'n klag aanhangig te maak.
- (2) Subartikel (1) is nie van toepassing op gevalle van ongelyke behandeling van 'n persoon op grond van enige beweringe gemaak deur die verontregte, waar sodanige beweringe vals was en nie in goeie trou gemaak is nie.
5. (1) In hierdie Wet –

- (a) verwys “diskriminasie” na enige diskriminasie soos geregleer in artikels 1-4; en
 - (b) verwys “geslagsdiskriminasie” na enige diskriminasie soos geregleer in artikels 1 of 2;
en verbandhoudende uitdrukkings sal soortgelyk gekonstrueer word.
- (2) In hierdie Wet –
- (a) sluit “vrou” in ‘n persoon van enige ouderdom van die vroulike geslag.
 - (b) sluit “man” in ‘n persoon van enige ouderdom van die manlike geslag.
- (3) ‘n Vergelyking tussen sake van persone van verskillende geslagte of maritale status onder artikel 1(1) of 3(1), moet gedoen word waar die relevante omstandighede in die een saak dieselfde, of nie heeltemaal verskillend nie, is as die ander.
6. (1) Dit is onregmatig vir ‘n persoon om teen ‘n vrou te diskrimineer –
- (a) in die reëlins wat hy tref vir doeleindes van bepaling vir wie die diens aangebied moet word; of
 - (b) in die terme waarop die vrou die diens aangebied word; of
 - (c) deur die vrou diens te weier of doelbewus versuim om haar die diens aan te bied.
- (2) Dit is onregmatig vir ‘n persoon, om teen ‘n vrou te diskrimineer –
- (a) in die reëlins wat hy tref ten einde aan haar toegang te bied tot geleenthede vir bevordering, oorpasing of opleiding, of enige ander voordele, fasiliteite of dienste, of deur te weier of doelbewus te versuim om aan haar toegang daartoe te verleen; of
 - (b) in die reëlins wat hy tref ten einde haar te ontslaan, of aan enige ander vorm van benadeling of minder gunstige behandeling te onderwerp.

7. (1) Ten aansien van geslagsdiskriminasie –

- (a) is artikel 6 nie van toepassing op enige ongelyke behandeling of onbillike praktyk waar dit 'n bona fide beroepskwalifikasie is dat die persoon in die betrokke diens 'n man moet wees, of waar die praktyk redelikerwys noodsaaklik is vir die normale bedryf van die werkgewer se besigheid nie; en
- (b) is artikel 6 nie van toepassing op enige ongelyke impak waar sodanige impak uit hoofde van besigheidsnoodsaak geskied nie; en
- (c) is artikel 6 nie van toepassing op enige ongelyke behandeling of onbillike praktyk wat deel uitmaak van 'n geregverdigde regstellende aksieprogram van die werkgewer nie.

8. (1) Geslag is slegs 'n bona fide beroepskwalifikasie vir diens in een of meer van die volgende gevalle –

- (a) waar die wesensaard van die werk 'n man vereis vir redes van fisiologie (uitgesluit fisieke krag en stamina) of, in dramaproduksies of ander vermaak, vir redes van outentisiteit, waar die wesensaard van die diens wesenlik verskillend sal wees indien uitgevoer deur 'n vrou; of
- (b) waar die werk deur 'n man verrig moet word vir doeleindes van betaamlikheid en privaatheid omdat –
 - (i) die werk fisieke kontak met mans behels in omstandighede waar hulle redelikerwys mag objekteer teen die verrigting van die betrokke werkshandeling deur 'n vrou; of
 - (ii) die werk verrig moet word in omstandighede waar mans redelikerwys mag objekteer teen die teenwoordigheid van 'n vrou, aangesien hulle in 'n staat van ontkleding is of sanitêre fasiliteite gebruik, of weens die kennis van intieme besonderhede van so 'n persoon se lewe; of
- (a) waar die aard of plek van die werk dit onprakties maak vir die persoon in diens om op 'n ander plek te bly as op die werksperseel soos voorsien deur die werkgewer, en
 - (i) sodanige werksperseel deur mans bewoon word of gewoonlik deur mans bewoon word, en nie toegerus is met afsonderlike

- slaapakkommodasie vir vrouens en afsonderlike sanitêre fasiliteite wat in privaatheid deur vrouens gebruik kan word nie; en
- (ii) dit nie redelikerwys van die werkgever verwag kan word om sodanige werksperseel toe te rus met geskikte akkommodasie en fasiliteite nie, of om ander persele te voorsien aan vrouens nie; of
- (b) waar die aard van die werksplek, of die gedeelte van die werksplek waar die werk verrig moet word, 'n man vereis omdat –
- (i) dit 'n hospitaal, tronk of ander plek vir persone wat spesiale sorg benodig is, en
- (ii) daardie persone almal mans is, en
- (iii) dit redelik is, gegee die wesensaard van die werksplek, dat die werk nie deur 'n vrou verrig word nie; of
- (c) waar die persoon in die werk aan individue persoonlike dienste moet verskaf ten einde hulle welstand of opvoeding te bevorder, of soortgelyke persoonlike dienste, en sodanige dienste die effektiwste voorsien kan word deur 'n man; of
- (d) waar die werk deur 'n man verrig moet word vanweë statutêre beperkinge;
- (e) waar die werk een van twee is wat deur 'n getroude paar verrig moet word.
9. (1) Ten einde besigheidsnoodsaak te bewys, moet die werkgever aantoon dat:
- (a) daar 'n oorheersende en deurslaggewende en legitieme besigheidsdoel bestaan wat die praktyk redelikerwys noodsaaklik maak vir die veilige en effektiwse bedryf van die besigheid; en
- (b) onbillike impak of onbillike behandeling redelikerwys noodsaaklik is om te verhoed dat die wese van die besigheid of onderneming substansieel ondermyn word; en
- (c) die onbillike impak of onbillike behandeling werksverwant is; en

- (d) die werkgewer nie werksverantwoordelikhede kan herorganiseer ten einde die diskriminasie te vermy nie; of
- (e) die potensiële verlies van inkomste vir die werkgewer, weens nie-diskriminasie, 'n kreupelende effek op die besigheid sal hê.

10. Definisies:

- (1) "In diens" - beteken in diens onder 'n dienskontrak van enige aard, hetsy permanent of tydelik, ingeslote applikante.
- (2) "Vrou" - beteken 'n persoon van enige ouderdom van die vroulike geslag, en sluit in 'n persoon wat na 'n suksesvolle geslagsveranderingsoperasie 'n vrou is.
- (3) "Persoon" - sluit in 'n man of vrou, werkgewer, organisasie, regspersoon.
- (4) "Man" - beteken 'n persoon van enige ouderdom van die manlike geslag, en sluit in 'n persoon wat na 'n suksesvolle geslagsveranderingsoperasie 'n man is.
- (5) "Geslag" - sluit in geslagtelikheid.
- (6) "Diens" - word as sinoniem met begrippe soos werk, besigheid en beroep gebruik.

BYLAE C: KONSEPWETSVOORSTELLE OP GELYKE BETALING

Bedoeling van Wetsvoorstelle: Om diskriminasie ten aansien van vergoeding, tussen mans en vrouens, en tussen persone van verskillende rasse uit te skakel.

1. (1) Geen werkgewer mag diskrimineer tussen werknemers op die basis van ras of geslag nie deur die betaling van vergoeding aan werknemers teen 'n koers laer as die koers waarteen hy werknemers van die teenoorgestelde ras of geslag in die werksplek betaal vir werk van soortgelyke waarde of ekwivalente aard in poste wat dieselfde vaardigheid, inspanning en verantwoordelikheid vereis, en waar die werk verrig word onder soortgelyke werksomstandighede, behalwe waar ongelyke betaling gemaak word ooreenkomstig 'n :
 - (a) Seniorieitssteeem;
 - (b) 'n Merietesisteeem;
 - (c) 'n sisteem wat vergoeding koppel aan kwantiteit of kwaliteit van produksie; of
 - (d) 'n regmatige verskil anders as ras of geslag.
- (2) Enige verwysing na vrou in hierdie Wet sal geïnterpreteer word om in te sluit 'n persoon van 'n bepaalde ras, en enige verwysing na 'n man in hierdie Wet sal geïnterpreteer word om in te sluit 'n persoon van 'n ander ras, tensy anders aangedui.
2. (1) Indien die dienskontrak waaronder 'n vrou aangestel is in Suid-Afrika nie (uitdruklik of deur verwysing na 'n kollektiewe ooreenkoms of andersins) 'n gelykheidsklausule bevat nie, sal die kontrak beskou word asof 'n gelykheidsklausule vervat is tot die kontrak.
- (2) 'n Gelykheidsklausule soos bedoel in paragraaf 2(1) is 'n bepaling rondom die diensvoorwaardes (hetsy ten aansien van vergoeding of andersins) van die vroulike persoon se dienskontrak, met die effek dat:
 - (a) Waar 'n vrou in diens geneem is om werk van dieselfde waarde te verrig as 'n man in dieselfde werksplek –

- (i) indien (behalwe ten opsigte van die gelykheidsklausule) enige diensterm van die vrou se kontrak minder gunstig is of word vir die vrou, in vergelyking met 'n soortgelyke term in die kontrak waaronder die man in diens is, sal daardie diensterm van die vrou se kontrak beskou word as sodanige gemodifiseer asof dit nie minder gunstig is nie, en
 - (ii) indien (behalwe ten opsigte van die gelykheidsklausule) 'n vrou se dienkontrak te eniger tyd nie 'n diensterm insluit wat ooreenstem met 'n diensterm in die man se dienskontrak wat die man bevoordeel nie, sal die vrou se kontrak beskou word as insluitend van so 'n term.
- (b) Waar 'n vrou in diens geneem is om werk te verrig wat as ekwivalent beskou word as die van 'n man in dieselfde diens -
- (i) indien (behalwe ten opsigte van die gelykheidsklausule) enige diensterm vervat in die vrou se kontrak, soos bepaal deur die evaluering van die pos, minder gunstig is of word vir die vrou, in vergelyking met 'n soortgelyke term in die kontrak waaronder die man in diens is, sal daardie diensterm van die vrou se kontrak beskou word as sodanig gemodifiseer asof dit nie minder gunstig is nie, en
 - (ii) indien (behalwe ten opsigte van die gelykheidsklausule) 'n vrou se dienskontrak te eniger tyd nie 'n diensterm insluit wat ooreenstem met 'n diensterm in die mans se dienskontrak wat die man bevoordeel en bepaal is deur die evaluering van die pos, sal die vrou se kontrak beskou word as insluitend van so 'n term.
- (3) 'n Gelykheidsklausule sal nie van toepassing wees op enige verskil tussen die dienskontrak van 'n man en 'n vrou in dieselfde diens nie, indien die werkgewer bewys dat die verskil waarlik te wyte is aan 'n wesenlik onderskeidende faktor (anders as die verskil in geslag of ras) tussen die vrou en die man se geval.
- (4) 'n Vrou word beskou as in diens geneem om werk van dieselfde waarde te lewer as 'n ander man(s) in diens van die betrokke werkgewer, slegs indien haar werk en die werk van die ander man(s) soortgelyk van aard is, en

indien die verskille (indien enige) tussen dit wat sy doen en dit wat hy (hulle) doen nie van praktiese belang is in terme van die dienskontrak nie; Dienooreenkomstig sal daar, in die vergelyking van die vrou se werk met die van die man(s), ag geslaan word op die frekwensie en gereeldheid van sulke verskille in praktyk, sowel as die aard en omvang van die verskille.

- (5) 'n Vrou sal beskou word as in diens geneem om werk te verrig wat as ekwivalent beskou word as die van 'n ander man(s) in die werksplek, slegs indien:
- (a) haar en sy (hulle) posbeskrywings op dieselfde posvlak geëvalueer is, met verwysing na die diensverwagtinge van die werk onder afsonderlike hofies (soos vaardigheid, inspanning en besluitneming), as deel van 'n posevalueringsondersoek van die betrokke poste se vlakke, of
 - (b) haar en sy (hulle) posbeskrywings nie op dieselfde posvlak geëvalueer is nie, aangesien verskillende waardes vir beoordeling gegee is vir die evaluering van die pos van die vrou en vir die man(s).
3. Besigheidsnoodsaak sal as geldige verweer vir die verbodinge vervat in paragrawe 1 en 2 beskou word, waar die ongelyke vergoeding tussen man en vrou diskriminasie daarstel en:
- (a) gebaseer word op 'n oorheersende en deurslaggewende legitieme besigheidsdoel wat die ongelyke praktyk redelikerwys noodsaaklik maak vir die veilige en effektiewe bedryf van die besigheid; en
 - (b) redelikerwys noodsaaklik is om te verhoed dat die wese van die besigheid of onderneming ondermyn word; en
 - (c) werksverwant is.
4. "Werksverwant" word gedefinieer as "verwant tot werksprestasie", en sluit in alle verwagtinge wat die werkgever van die betrokke werknemer of applikant het, gebaseer op die inherente vereistes van die betrokke pos en die inherente, onveranderlike karaktereienskappe van die werknemer.

5. Ongelyke betaling voortspruitend of as deel van 'n geregverdigde regstellende aksie program van die werkgewer sal nie onbillike diskriminasie daarstel soos verbied deur paragrawe 1 en 2 nie.

BIBLIOGRAFIE

Publikasies

AARON B et al

1982. *Comparative Labour Law and Industrial Relations*. Deventer: Kluwer.

ABELLA RS

1984. *Report of the Commission on Equality in Employment*. Ottawa: Supply and Services Canada.

ABELLA RS

1991. Equality and Human Rights in Canada: Coping with the New Isms. *University Affairs* 22: 21-5.

AIGNER DJ EN CAIN GG

1977. Statistical Theories of Discrimination in Labor Markets. *Industrial and Labor Relations Review* 30(2): 175-187.

ALBERTYN C EN KENTRIDGE J

1994. Introducing the right to equality in the interim constitution. *South African Journal for Human Rights* 10: 149.

ALKHADER O et al

1994. Computer-based testing: A review of recent developments in research and practice. *European Work and Organizational Psychologist* 4: 169-187.

ALLEN CK

1951. *Law in the making*. Oxford: Clarendon Press.

ANDERSON NR

1991. Eight decades of employment interview research: A retrospective meta-review and prospective commentary. *The European Work and Organisational Psychologist* 2 (1), 1-32.

ARROW KJ (red)

1972. Models of Job Discrimination - Practical Discrimination in Economic Life. *Pascal*.

ASHENFELTER O EN REES A (red)

1973a. *The Theory of Discrimination*. Princeton. NJ: Princeton University Press.

ASHENFELTER O EN REES A

1973b. *Discrimination in Labor Markets*. Princeton. NJ: Princeton University Press.

AUSTRALIESE REGERING

1992. *Affirmative Action into the 90s: Discussion Paper*. Report from Affirmative Action Agency. Canberra: Australian Government Publishing Service.

AUSTRALIESE REGERING

1992b. *Quality and Commitment: The Next Steps*. The Final Report of the Effectiveness Review of the Affirmative Action (Equal Employment Opportunity for Women) Act 1986. Affirmative Action Agency. Canberra: Australian Government Publishing Service.

AUSTRALIESE REGERING

1996. *Performance Information Principles: Better Practice Guide*. Report from Australian National 12. Audit Office & Department of Finance. Canberra: Australian Government Publishing Service.

AUSTRALIESE REGERING

1997. *Australian women's Yearbook 1997*. Report from Australian Bureau of Statistics and Office of the status of Women. ABS Catalogue No. 4124.0 : 70-2.

AUSTRALIESE REGERING

1998. *Equity in Employment in the Australian Public Service*. Audit Report No. 16, 1997-1998 from Australian National Audit Office. Canberra: Australian Government Publishing Service.

BACCHI CL

1996. *The politics of affirmative action, women, equality and category politics*. London: Sage Publications Ltd.

BALDRY C EN FLETCHER C

1997. The integrity of integrity testing. *Selection and Development Review* 13: 3-6.

BALLANTYNE I EN POVAH N

1995. *Assessment and Development Centres*. Aldershot: Gower.

BARTHOLET E

1983. Application of Title VII to jobs in high places. *Harvard Law Review* 945: 95.

BARTRAM D (gas red)

1995. Guest editorial: computer-based testing. *International Journal of Selection and Assessment* 3: 73-74.

BASSON AC

1999. The Regulation of Unfair Discrimination by the Employment Equity Act 55 of 1998. *South African Mercantile Law Journal* 11: 240-249.

BELLAK B

1984. Comparable Worth: A Practitioner's View. *United States Commission on Civil Rights* June 6-7.

BIRD J

1997. Recruitment on-line. *Human Resources*. March/April, 21. London.

BLACK INFORMATION LINK (BLINK).

1990. *The 1990 Trust*. London: Southbank Technopark.

BLACK MANAGEMENT FORUM.

1993. *Affirmative Action Blueprint*. Johannesburg: Black Management Forum.

BLOCH F

1994. *Antidiscrimination law and minority employment: recruitment practices and regulatory constraints*. London: The University of Chicago Press Ltd.

BLUMROSEN B

1972. Strangers in Paradise: Griggs v. Duke Power Co. and the Concept of Employment Discrimination. *Michigan Law Review* 71: 59.

BOREHAM P et al

1996. What does enterprise bargaining mean for gender equity: Some empirical evidence. *Labour and Industry* 7:1 (June): 51-68.

BORJAS GJ EN GOLDBERG MS

1978. Biased Screening and Discrimination in the Labor Market. *American Economic Review* 68: 5 (December 1978): 918-922.

BOURN C EN WHITMORE J

The Law of Discrimination and Equal Pay. London: Sweet & Maxwell.

BOYATZIS RE

1982. *The Competent Manager: A Model for Effective Performance*. New York: John Wiley.

BOYLE S et al

1995. Do assessment centres use optimum evaluation procedures? A survey of practice in UK organisations. *International Journal of Selection and Assessment* 3: 132-140.

BRIDGES W

1995. *Job Shift*. Oxford: Basil Blackwell.

BROWNLIE I

1983. *Basic documents in international law*. New York. Oxford University Press.

BRUCE N

1998. Hiding to nothing. *Leadership Magazine* 17:3.

BURROWS N

1986. *International law and human rights: the case of women's rights*. Campbell et al (eds) 1986: 89

BURTON C

1992. *Job Evaluation Papers*. Sydney: Office of the Director of Equal Opportunity in Public Employment.

BURTON C

1987. Merit and Gender: Organisations and the Mobilisation of Masculine Bias. *Australian Journal of Social Issues* 22 (2): 424-35.

BUTTERWORTHS

1999. *Bill of Rights Compendium*. Durban: Butterworth Publishers (Pty) Ltd.

CACHALIA A et al

1994. *Fundamental Rights in the New Constitution*. Cape Town: Juta & Co Ltd.

CAMPBELL T et al (eds)

1986. *Human rights: from rhetoric to reality*. Oxford: Blackwell.

CAPE TOWN GRADUATE SCHOOL OF BUSINESS

1999. *Breakwater Monitor*. Cape Town: University of Cape Town.

CHICOINE JP

1992. Business necessity as a defense to an employer's breach of its bargaining duty under the PECBA. *Willamette Law Review* 28: 259-283.

COLDWELL D

1995. Affirmative action: advantage to the disadvantaged? *Human Resources Management* 20.

COMMISSION OF RACIAL EQUALITY (CRE)

1985. *Formal investigation into Dunlop Polymer*. London: Commission for Racial Equality.

CONAGHAN J

1998. Pregnancy, Equality and the European Court of Justice Interrogating Gillispie. *International Journal of Discrimination and Law* 3: 113.

COOK M

1997. Gender differences in the CPI. *Occupational Psychology Conference Book of Proceedings* 77-83.

COOPER CL en ROBERTSON IT (eds)

1986. *International Review of Industrial and Organisational Psychology*. Chichester: John Wiley.

CORDER en DAVIS

1989. The constitutional guidelines of the African National Congress: A preliminary assessment. *South African Law Journal*: 633-643.

CORY F

1994. Women and the restructuring of employment. *The OECD Observer* 186 (February/March): 64.

COUSEY M EN JACKSON H

1991. *Making equal opportunities work*. London: Pitman Publishing.

DAWES TIM, FAUST D EN MEEHL PE

1989. Clinical versus actuarial judgement. *Science* 243:1668-74.

DE VOS W

1967. Vrye Regsvinding? *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 30: 362.

DE WITT CC

1993. *The Role of the law in the institutionalization of industrial conflict with specific reference to the use of the lock-out in South Africa*. Ongepubl PhD-proefskrif. Kaapstad: Universiteit van Kaapstad.

DRUCKER PF

1992. *Managing for the future*. Oxford: Butterworth Heinemann Ltd.

DU PLESSIS LM

1994. The genesis of the chapter on fundamental rights in South Africa's transitional Constitution. *SAPL* 1.

- DUPPER O
2000. Proving Indirect Discrimination in Employment: A South African View. *Industrial Law Journal* 747.
- DUPPER O et al
1999. The provision of benefits to and discrimination against same-sex couples. *Industrial Law Journal* 20: 772.
- DU TOIT D et al
1996. *The Labour Relations Act of 1995*. Durban: Butterworths.
- DU TOIT JP
2001. *Provincial Characteristics of South Africa*. Fivonia: SA Financial Sector Forum.
- DUGARD J et al
1994. *Rights and Constitutionalism: The New South African Legal Order*. Cape Town: Juta & Co Ltd.
- DURIVAGE A et al
1995. Practical or traditional intelligence: What does the situational interview measure? *European Review of Applied Psychology* 45: 179.
- DWORKIN R
1977. *Taking Rights Seriously*. Harvard. Harvard University Press.
- EDUARDS M
1991. The Swedish Gender Model: Productivity, Pragmatism, and Paternalism. *West European Politics* 14(3): 166-81.
- EDUARDS M
1989. *Women's Participation and Equal Opportunities Policies*. Stockholm: The Swedish Institute.
- ELANE J
1989. Employment Discrimination: Business Necessity and BFOQ exceptions to Title VII extended to unmarried pregnant youth services workers serving as role models. *UALR Law Journal* 11:417.
- ERNELING C
1988. Equality Between Women and Men in Sweden – Myths or Reality? *Canadian Woman Studies* 9(2): 16-18.
- EPSTEIN RA
1992. *Forbidden Grounds: The Case Against Employment Discrimination Laws*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- ESKRIDGE W N Jr
1990. The New Textualism. *ULCA Law Review* 37: 621, 632-33.

FARLEY JE

1987. Disproportionate black and hispanic unemployment in U.S. metropolitan areas: the role of racial inequality, segregation, and discrimination in male joblessness. *American Journal of Economics and Sociology* 40: 2 (April): 129-50.

FASTENAU M

1996. Family friendly policies do not lead to equal opportunities. *Human Resources Monthly* 7: 28-29.

FEINGOLD A

1994. Gender differences in personality: A meta-analysis. *Psychological Bulletin* 116, 429-456.

FIELDING J

1990. Impermissible use of the Business necessity defence and BFOQ. *Western New England Law Review* 12:135.

FISCHL RM

1989. Job Bias Barrage. *Legal Times* 7 August: S12-S13.

FLETCHER C

1996. Mix and match fails to work on competencies. *People Management* 12 September: 53-54.

FLETCHER M

1990. Court sets tough test for fetal protection rule. *Business Insurance* August 13: 2.

FLETCHER S en WOOD R

1996. Enhancing fair selection through access training. *Selection and Development Review* 12, 1, 3-5.

FREDMAN S

1992. European Community Discrimination Law: A Critique. *International Law Journal (UK)* 21: 119 120-123.

FREEMAN A

1995. *The human rights of women in the family: issues and recommendations for implementation of the Women's Convention*. Peters J en Woper A (eds) 1995: 164.

FREEMAN MA

1989. Measuring equality: An International Perspective on Women's Capacity and Constitutional rights. *Berkeley Women's Law Journal* 5: 110-138.

FRIEDMAN W

1967. *Legal Theory*. London: Stevens & Sons.

FUDGE J en MCDERMOTT MP (ed)

1991. *Just wages: A feminist assessment of pay equity*. Montreal: Fudge & McDermott.

FURFARO JP en JOSEPHSON MB

1991. The Civil Rights Act of 1991. *New York Law Journal* Apr. 3: 11.

GEBHART C

1994. High pay, low output dilemma. *The Star International Weekly* August: 14.

GLEN AK

1994. Disclosure of executive illnesses under federal securities law and the Americans with disabilities act of 1990: Hobson's choice or business necessity? *Cardozo Law Review* 16: 537-593.

GOFFIN RD et al

1996. Personality testing and the assessment center: Incremental Validity for managerial selection. *Journal of Applied Psychology* 81 (6): 746-756.

GOLDBERG MS

1982. Discrimination, Nepotism, and Long-Run Wage Differentials. *Quarterly Journal of Economics* 97:2 (May 1982): 307-19.

GOLEMAN D

1998. *Working with Emotional Intelligence*. London: Bloomsbury Publishing Plc.

GOLLAN P

1997. Careers don't always come first. *The Australian Financial review* August 5: 17.

GOOSEN N

1997. *Holistic Managers: A South African Case Study*. Unpublished MBA Research Report. Johannesburg: University of the Witwatersrand.

GREENLAW PS en KOHL JP

1991. Proving Title VII Discrimination. *Labor Law Journal* 42 (July, 1991): 407-417.

GREENLAW PS EN KOHL JP

1994. Employer "Business" and "Job" defenses in civil rights actions. *Public Personnel Management* 23(4): 573.

GREENLAW PS en KOHL JP

1992. Proving Title VII Sexual Harassment: The courts' view. *Labor Law Journal* 43 (March, 1992): 164-171.

GREGORY J

1997. Dynamite or Damp Squib: An Assessment of Equal Value Law. *International Journal of Discrimination and Law* 2: 167.

GROVER SS

1996. The business necessity defense in disparate impact discrimination cases. *Georgia Law Review* 30: 387-430.

GUNTER B et al

1993. *Biodata*. London: Routledge.

GUPKO JJ

1981. Defining the proper scope of the business necessity defense in Title VII Litigation. *Catholic University Law Review* 30:653.

HAAS SN

1982. Business Necessity Standard of Title VII Discriminatory Impact Cases Jeopardized by *Newman v. Crews* 651 F.2d (4th Cir. 1981). *Temple Law Quarterly* 55: 435-459.

HAHLO HR & KAHN E.

1968. *The South African Legal System And Its Background*. Cape Town, Juta & Co Ltd.

HAKEL MD

1982. *The employment interview*. Rowland en Ferris 1983.

HALFKENNY P

1995. Legal and workplace solutions to sexual harassment in South Africa (Part I): lessons from other countries. *International Law Journal* 16: 6, 7.

HALL P

1991. *Achieving Pay Equity: Could you be indirectly discriminating and not know it*. Sydney: Department of Industrial Relations, Employment, Training and Further Education (DIRETFE).

HARN TJ en THORNTON GC

1985. Recruiter counselling behaviours and applicant impressions. *Journal of Occupational Psychology* 57.

HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION

1988. The Supreme Court, 1987 Term – Leading Cases. *Harvard Law Review* 102, 143.

HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION

1993. The Civil Rights Act of 1991. *Harvard Law Review* 106: 896-913.

HEINS M

1987. *Cutting the Mustard: Affirmative Action and the Nature of Excellence*. Boston MA and London: Faber and Faber.

HENNING P

1986. Reg, Billikheid en in verband daarmee Regterlike Regsvorming. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*. 49: 243.

HERRIOT P en PEMBERTON C

1995. *New Deals - The Revolution in Managerial Careers*. Chichester: Wiley.

HOEKSTRA MC

2001. *The Effect Of The New Higher Education Equity Dispensation In South Africa On The Position Of Women In Higher Education*. Voordrag gelewer te Zürich, September 2000 tydens die "2nd European Conference on Gender Equality in Higher Education". Voordrag aanvaar vir publikasie in UNIVERSELLE 4, UniFrauenstelle of the University of Zürich in 2002.

HOLMES SA

1991. Lawyers Expect Ambiguities in New Rights Law to Bring Years of Lawsuits. *New York Times* Dec. 27: A20.

HUMAN L et al

1999. *Baking a new cake: How to succeed at employment equity*. Pinetown: Knowledge Resource (Pty) Ltd.

HUMAN L

1996. *Competencies for Managing Diversity: what South African Managers Need*. Steyn en Motshabi 1996.

HUNTER R

1988. Women workers and federal industrial law: from Harvester to comparable worth. *Australian Journal of Labour Law* 1:147-172.

HUTTON W

1994. *The State we're in*. Oxford: Basil Blackwell.

JACOBS G en DAVIDSON T

1999. Medical Examinations and Employment Equity. *Employment Equity Digest* 7: 2.

JACOBS G

1998. Employment Equity...The Right Act at the Right Time? *Employment Equity Digest*. 6: 4.

KADALIE R

1995. *Women in the new South Africa: from transition to governance*. Liebenberg S (ed) 1995: 64.

KANADESE REGERING

2000. *Employment equity: A guide for employers. Employment Equity Branch*: Hull/Ottawa. Employment & Immigration Canada.

KANADESE REGERING

1998. *Submission to the Special Committee on the Review of the Employment Equity Act. Canadian Labour Congress (CLC)*. Ottawa: Employment & Immigration Canada.

KANDOLA RS en FULLERTON J

1994. *Managing the Mosaic: Diversity in Action*. London: Institute of Personnel and Development.

KANDOLA RS

1996. Putting competencies in perspective. *Competency* 31-34.

KEENAN T

1995. Graduate recruitment in Britain: a survey of selection methods used by organisations. *Journal of Organisational Behaviour* 16: 303-317.

KEMP E

1991. Administration officials target moderate republican Civil Rights Bill. *Daily Lab. Rep. (BNA)* 124: A-15.

KENNEDY S

1992. Employment: EEOC Performance, Restrictive Stand on 1991 Act. *Capitol Hill, Daily Rep. For Executives (BNA)* 83: A-10.

KENTRIDGE J

1995. Banking on maternity leave – the case of Collins v Volkskas Bank. *International Law Journal* 15: 1195.

KICELUK A

1996. The net that helps you fill vacancies. *People Management* 30 May: 34-36.

LACEY N

1987. Legislation against sex discrimination: questions from a feminist perspective. *Journal of Law and Society* (Winter): 413.

LANG K

1986. A Language Theory of Discrimination. *Quarterly Journal Of Economics* 101:2.

LATHAM GP en WHYTE G

1994. The futility of utility analysis. *Personnel Psychology* 47 (1): 31-47.

LAWLER EE

1993. From job-based to competency-based organisations. *Journal Of Organisational Behaviour*. 3-15.

LEA G

1994. Expropriation or business necessity. *European Intellectual Property Review* 16: 452-455.

LEAF M

1994. Affirmative Action: The 3-4-5-6 Resolutions. *NAFCOC Business Annual* 44.

LEAF M

1994. Affirmative Action: The 3-4-5-6 Resolutions. *NAFCOC Business Annual* 44.

LECK J et al

1992. Hiring Women: The Effects of Canada's Employment Equity Act. *Canadian Public Policy* 18(2): 203-20.

LEON R

1993. W(h)ither Special Measures? How Affirmative Action for Women Can Survive Sex Discrimination Legislation. *The Australian Feminist Law Journal* 1: 89-114.

LEONARD JS

1984. Antidiscrimination or Reverse Discrimination: The Impact of Changing Demographics, Title Bill, and Affirmative Action on Productivity. *Journal of Human Resources* 19:2 (Spring 1984).

LEONARD JS

1984. Antidiscrimination or Reverse Discrimination: The Impact of Changing Demographics, Title BII, and Affirmative Action on Productivity. *Journal of Human Resources* 19:2 (Spring 1984).

LEPOFSKY MD

1993. Understanding the concept of Employment Equity: Myths and misconceptions. *Canadian Labour Law Journal* 2: 1.

LEVY A et al

1998a. *Conducting an audit for the employment equity act*. Johannesburg: Andrew Levy & Associated (Pty) Ltd.

LEVY A et al

1998b. *The Employment Equity Bill, what it means in black & white*. Johannesburg: Andrew Levy & Associated (Pty) Ltd.

LEUVENNINK J

2001. *Amptenare uiteindelik hartlik siek van gesels*. In En Om Die Sakewêreld – VOLKSBLAD: 1 Mei 2001.

LEVY A et al

1999. The Great Affirmative Action debate. *Employment Equity Digest* 7: 1.

LEVY A

2001. Editor's Note. *Employment Equity Digest* 2001: 9 (1:2)

LIEBENBERG S (ed)

1995. *The constitution of South Africa from a gender perspective*. Cape Town: Cape Town Community Law Centre, University of Western Cape.

LINDEMANN B En KADUE D

1993. *Primer on sexual harassment*. Washington DC: BNA Books.

LOENEN T

1994. Rethinking sex equality as a human right. *Netherlands Quarterly of Human Rights* 253.

LUNDBERG SJ en STARZ R

1983. Private Discrimination and Social Intervention in Competitive Labor Markets. *American Economic Review* 73:3 (June 1983).

LUNN T

1995. Selecting and developing talent; an alternative approach. *Management Development Review* 13: 3-6.

MacCORMICK N

1978. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford. Clarendon Press.

MADI PM

1997. *Black Economic Empowerment in the New South Africa: The Rights and the Wrongs*. Randburg: Knowledge Resources.

MARTINEZ T

1976. *The Human Marketplace: An Examination of Private Employment Agencies*. New Brunswick: Transaction Books.

MCCORMACK C

1986. Business Necessity in Title VIII. *Fordham Law Review* 54: 563-606.

MCDANIEL MA et al

1994. The validity of employment interviews: A comprehensive review and meta-analysis. *Journal of Applied Psychology* 79: 599-616.

MACDERMOTT K

1993. Women's Productivity: Productivity Bargaining and Service Workers. *Journal of Industrial Relations* 12.

MCDERMOTT MP

1991. *Pay equity challenge to collective bargaining in Ontario*. Fudge en McDermott 1991: 122-137.

MCDERMOTT MP

1991. *Pay equity in Canada: Assessing the commitment to reducing the wage gap*. Fudge en McDermott 1991: 21, 26-30.

MCGOWAN PJ

1993. The 'New' South Africa: Ascent or Descent in the World System? *South African Journal of International Affairs* 1 (1): 35-61.

MILLS CP

1976. *Industrial Laws – NSW*. 4de uitgawe. Sydney: Butterworths.

MODJESKA AC

1993. *Employment Discrimination Law*. New York: Clark Boardman Callaghan.

MOENS G et al

1992. *The Illusions of Comparable Worth*. St Leonards NSW: The Centre For Independent Studies.

MORGAN N

1988. *The Equality Game: Women in the Federal Public Service (1908 – 1987)*. Ontario: Canadian Advisory Council on the Status of Women.

MUREINIK E

1994. A bridge to where? Introducing the interim Bill of Rights. *South African Journal for Human Rights* 31.

MURRAY CM (red)

1994. *Gender and the New South African Legal Order*. Cape Town: Juta & Co Ltd.

NAIDOO J

1997. Erasing NEDLAC won't rub out any problems. *The Star*. 22.09.97.

NEW SOUTH WALES EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY UNIT

1999. *Crossroad conference papers: Women and the restructuring of employment*. Sydney. University of New South Wales.

NEWMAN JM

1978. Discrimination in Recruitment: An Empirical Analysis. *Industrial and Labor Relations Review* 32:1.

NOON M

1993. Racial discrimination in speculative application: Evidence from the UK's top 100 firms. *Human Resource Management Journal* 3: 35-47.

NORTHRUP HR

1984. Comparable Worth and Realistic Wage Setting. *United States Commission on Civil Rights* June 6-7.

NORWEGIAN EQUAL STATUS OMBUD

The Norwegian Equal Status Act: With Comments. Revised Edition. Oslo: Equal Status Ombud.

NOTE

1972. Employment testing: The aftermath of Griggs Power Co. 908. *George Washington Law Review* 908.

NOTE

1973. Application of the EEOC Guidelines to Employment Test Validation: A Uniform Standard for Both Public and Private Employers. *George Washington Law Review* 41: 505.

NOTE

1974. Business Necessity Under Title VII of the Civil Rights Act of 1964: A No-Alternative Approach. *Yale Law Journal* 84: 98.

NOTE

1979. The Cost of Growing Old: Business Necessity and the Age Discrimination in Employment Act. *Yale Law Journal* 88: 565.

OGDEN C

1996. After the Miracle: South Africa Now. *Fortune* 134:12.

ONTARIO WOMEN'S DIRECTORATE

1989. *Managing Employment Equity: Organisational Analysis*. Ontario: Ontario Women's Directorate.

OVERELL S

1996. HR must prepare for eldercare time bomb. *People Management* 24 October: 7.

PARKER C

1994. The OPQ: A closer look at its norms and scales. *Selection and Development Review* 10, 4.

PASCAL AH (ed)

1972. *Racial Discrimination in Economic Life*. Lexington, Mass.: Lexington Books, D.C. Heath.

PATEL EM EN WATTERS C

1994. *Human Rights: Fundamental Instruments and Documents*. Durban: Butterworths.

PAUL E

1993. *Equity and Gender: The Comparable Worth Debate*. New Jersey: Transaction Publishers.

PAYNE T

1995. Editorial: Testing people with disabilities. *International Journal of Selection and Assessment* 3: 205-206.

PEARN M et al

1998. *Learning from Mistakes: From Blame to Gain*. Aldershot: Gower.

PERRIT HH jr

1993. *Americans With Disabilities Act Handbook Volume 1*. New York: Wiley Law Publications.

PERRIT HH jr

1993. *Americans With Disabilities Act Handbook Volume 2*. New York: Wiley Law Publications.

PERRIT HH jr

1995. *Civil rights in the workplace volume 1*. New York: Wiley Law Publications.

PERRIT HH jr

1995. *Civil rights in the workplace volume 2*. New York: Wiley Law Publications.

PERRY LL

1990. Balancing equal employment opportunities with employers legitimate discretion: The business necessity response to disparate impact discrimination under Title VII. *Industrial Relations Law Journal* 12: 1-2.

PETERS J EN WOPER A (eds)

1995. *Women's rights human rights: International Feminist Perspectives*. New York: Routledge.

PHELPS ES

1972. The Statistical Theory of Racism and Sexism. *American Economic Review* 62:4 (September 1972): 659-61.

PICKARD J

1996. The wrong turns to avoid with tests. *People Management* 8: August.

POINER G en SUE W

1991. *The gifthorse: a critical look at equal employment opportunity in Australia*. North Sydney: Allen & Unwin.

POOLMAN T

1985. *Principles of unfair labour practice*. Cape Town. Juta & Co, Ltd.

PORTER ME

1990. The Competitive Advantage of Nations. *Harvard Business Review* 90(2), March-April.

POTTER EE (ed)

1986. *Employee Selection: Legal and Practical Alternatives to Compliance and Litigation*. Second Edition. Washington D.C.: National Foundation for the study of Equal Employment Policy.

RADEBE J

2001. *Celebrating the implementation of the Freedom Charter*. Umrabulo June-July: 9.

RAPER CH

1989. Age discrimination in the airline industry: is age a bona fide occupational qualification for the position of pilot. *Journal of Air Law and Commerce (Southern Methodist University School of Law)* 55: 543-579.

REANDA L

1981. Human rights and women's rights: the United Nations approach. *Human Rights Quarterly* 3: 11.

REDDI M

1994. *Sexual harassment in the workplace: do we need new legislation?* Murray CM 1994.

REHOF LA

1993. *Guide to the Travaux Preparatoires of the United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*. Dordrecht: Marthinus Nijhoff.

REILLY RR en CHAI GT

1982. Is it rational to be empirical? A test of methods of scoring biographical data. *Journal of Applied Psychology* 71: 311-317.

RHOADS S

1993. *Incomparable Worth: Pay Equity Meets the Market*. New York: Cambridge University Press.

RIDGEWAY CC

1995. Understanding the 'person': The need to use alternative assessment methods. *The Occupational Psychologist* 24: 17-23.

ROSENBLUM M

1991. Race-Conscious Employment Programs in the Post-Brennan Era: An End to Falsely Remedial Preferences? *Houston Law Review* 28:5.

ROSSOUW GJ

2001. *Business Ethics: Made in Africa*. Cape Town: Oxford University Press.

ROWLAND IKM en FERRIS GR (ed)

1983. *Personnel Management*. Boston MA: Allyn & Bacon.

RUBENSTEIN M

1992. Combatting sexual harassment at work. *ILO Conditions of Work Digest* 11.

RUBENSTEIN M

1993. The Law of Sexual Harassment at Work. *Industrial Law Journal* 12:2

RUDD C en VAN ZYL B

1996. *Guide to the 1995 Labour Relations Act*. Pinetown: Van Zyl Rudd & Associates (Pty) Ltd.

RUNKEL P

1994. The Civil Rights Act of 1991. *William and Mary Law Review, Marshall-Wythe School of Law* 35: 1177.

RUSSEL G

1996. *Gender equity and Organisational Change*. Unpublished Report: Macquarie University.

RYCROFT A

1999. Obstacles to Employment Equity?: The Role of Judges and Arbitrators in the Interpretation and Implementation of Affirmative Action Policies. *Industrial Law Journal*: 1411-1429.

SADIE Y

1995. Affirmative action in South Africa: a gender development approach. *Africa Insight*: 180.

SADIE Y

1995. Affirmative action in South Africa: a gender development approach. *Africa Insight*: 180.

SAPE GP en HART TJ

1972. *Title VII Reconsidered: The Equal Employment Opportunity Act of 1972*. George Washington Law Review 40: 824.

SAULS JG

1995. Proving Business necessity: The disparate impact challenge. *Federal Bureau of Investigation Law Enforcement Bulletin* 64 (4): 26-32.

SCANNELL TM

1992. Fetal Protection Policies no longer a bona fide occupational qualification defense? *Marquette Law Review* 75:489.

SCHIFF M

1993. The age discrimination in employment act: whether the bona fide occupational qualification and law enforcement exemptions? *St John's Law Review* 67: 13-54.

SCHOTT MJ

1986. A Company's policy requiring the retirement of certain employees under the age of seventy for reasons allegedly attributable to public safety must satisfy the two-prong test established in *Tamiami* before it can qualify as a bona fide occupational qualification under the federal age discrimination in employment act. *Drake Law Review* 36: 213-236.

SERDJENIAN E

1994. *Inventory of Positive Action in Europe: Women of Europe supplements*. Brussels: European Commission.

SHEPPARD G

1997. Screen test. *Personnel Today* 3: 28-29.

SHIDDETT S

1996. *Tools for assessment and development centres*. London: Institute for Personnel and Development.

SING A

1997. Creating thinking can improve NEDLAC's effectiveness. *Business Day* 17.09.97

SING S

1998. Black Firms Make Major Impact On JSE. *Business Day* 10 February: 15.

SMITH AB jr et al

1994. *Employment Discrimination Law*. Virginia: Michie Company Law Publishers.

SMITH M EN ROBERTSON IT

1993. *The theory and practice of systematic personnel selection*. 2de uitgawe. London: Macmillan.

SOUTH AFRICAN BUREAU OF STANDARDS

1990. *Code of Practice for the Application of the National Building Regulations, SS1: Deemed-to-Satisfy Rules*. Pretoria: South African Bureau of Standards.

SOWELL T

1997. *Preferential Policies: An International Perspective*. New York: Morrow.

SPIROPOULUS AC

1996. Defining the business necessity defense to the disparate impact cause of action: finding the golden mean. *North Carolina Law Review* 74.

STEGURA DA

1984. The biases of customers in a host country as a bona fide occupational qualification: *Fernandez v. Wynn Oil Co.* *Southern California Law Review* 57(1): 335-360.

STEYN ME en MOTSHABI KB (ed)

1996. *Cultural Synergy in South Africa: Weaving Strands of Africa and Europe*. Randburg: Knowledge Resources.

STUMPF S E

1994. *Philosophy history & problems*. New York: McGraw-Hill, Inc.

SUNSTEIN CR

1989. Interpreting Statutes in the Regulatory State. *Harvard Law Review* 103: 626-40.

SWEDISH INSTITUTE

1990. *Mass Media in Sweden: Fact Sheets on Sweden*. Stockholm: Scerigehuset.

TANNEN D

1990. *You Just Don't Understand: Women and men in conversation*. New York: Morrow.

TAYLOR J

1999. *Fair Assessment outcomes: Fair to whom?* Talk given at the Conference on "Compliant Assessment Techniques" VW Conference

Centre, Midrand, March 1999. Organized by Institute for International Research, Johannesburg.

TEATHER D

1996. Think outside the box. *Recruitment Today* October: 16-17.

THALBERG I

1990. Themes in the Reverse-Discrimination Debate. *Ethics* 91: 138-50.

THOMAS A en ROBERTSHAW D

1999. *Achieving employment equity: A guide to effective strategies*.
Pinetown: Knowledge Resources (Pty) Ltd.

THOMAS A

1996. *Beyond Affirmative Action: Managing Diversity for Competitive Advantage in South Africa*. Randburg: Knowledge Resources.

THOMAS A

1999. *A Piano of Discord: Reasons for Job Mobility among Black Managers*. Randburg: Knowledge Resources.

THOMAS RR jr

1991. *Beyond Race and Gender: Unleashing the Power of Your Total Workforce by Managing Diversity*. New York : AMACOM.

THOMPSON JM

1997. Pay Equality – Revisiting the concept and international perspectives. *Employment Equity Digest* 5(3).

TRUTER L

1999. Managing disability in the workplace. 7(4).

TWOMEY DP

1994. *Equal Employment Opportunity Law*. Cincinnati, Ohio: South-Western Publish Co.

VAN ZYL DH

1987. Justice and Equity in Cicero. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 50: 154.

VANDAMME F

1994. The Revision of the Social Charter. *International Labour Review (ILO)* 133: 635.

VAN DEN HEUVEL A

1993. When Roles Overlap. *Australian Institute of Family Studies Monograph* 14: 55-56.

VAN NIEKERK A

1995. Discrimination in selection and recruitment. *Contemporary Labour Law* 4 (10): 105.

VAN ZYL DH

1986. Aspekte van Billikheid in die Reg en Regspleging. *De Jure* 19: 110

VAN ZYL DH

1988. The Significance of the Concepts 'Justice' and 'Equity' in Law and Legal Thought. *South African Law Journal* 105: 272.

VAN ZYL R en RUDD C

1996. *Guide to the 1995 Labour Relations Act*. Port Elizabeth: Van Zyl Rudd & Associates.

VANCE KK

1986. Fitness or age as an occupational qualification for protective service workers: a choice between bona fide criterion or arbitrary discrimination. *Marquette Law Review* 69:422.

VILLERE M & HARTMAN S

1989. What's affirmative about affirmative action? *Business Horizons* (Sept/Oct): 22-27.

VON MISSE L

2001. *Theory and History*. Auburn, Alabama: Ludwig von Mises Institute.

WAITE J

1986. Lawyers and Laymen as Judges in Industry. *Industrial Law Journal* (UK), 15: 32.

WALPOLE S

1996. *Peeling the Inequity Onion: How Australia's Industrial System Deals with Discrimination in Employment in The 6th Interdisciplinary Congress on Women*. Adelaide Congress, 22-26 April, 1996.

WASSERSTROM R

1976. The University and the Case for Preferential Treatment. *American Philosophical Quarterly* 13(2): 165-70.

WEISS A

1990. *Efficiency Wages: Models of Unemployment, Layoffs, and Wage Dispersion*. Princeton: Princeton University Press.

WELCH CE

1993. Human rights and African women: a comparison of protection under two major treaties. *Human Rights Quarterly* 549.

WHIDDETT S

1996. *Tools for assessment and development centres*. London: Institute for personnel and development.

WIEHAHN NE

1982. *The Complete Wiehahn Report*. Johannesburg: Lex Patria

WILLIAMS R jr (ed)

1989. *A Common Destiny: Blacks and American Society*. Washington: National Academy Press.

WILLIAMS WE

1995. Discrimination and Public Policy- A consultation/hearing of the US Commission on Civil Rights. *Selected Affirmative Topics in Employment and Business Set-Asides* March 6-7, Vol 1.

WILSON T

1996. *Diversity at Work: The Business Case for Equity*. Toronto: Wiley.

WINTER RK Jr

1967. Improving the Economic Status of Negroes Through Laws Against Discrimination: A Reply to Processor Sovern. *University of Chicago Law Review* 34: 817.

WINTERSCHEIDT RA

1982. Employment discrimination – US employers in foreign countries: is customer preference a bona fide occupational qualification. *University of Kansa Law Review* 31: 183-199.

WOOD R en PAYNE T

1997. *Competency Based Recruitment and Selection*. Toronto: John Wiley & Sons.

YOUNG I

1990. *Justice and the Politics of Difference*. Princeton: Princeton University Press.

ZANAR LP

1985. Recent amendments to the age discrimination in employment act. *George Washington Journal of international law and economic articles* 19: 165.

ZANAR LP

1985. Recent amendments to the age discrimination in employment act. *George Washington Journal Of International Law And Economic Articles* 19: 165.

Internet

ACLU (American Civil Liberties Union of Northern California) News

1999. San Francisco. <http://www.aclunc.org/aclunews/news299/affirmativece-action.html>.

AFRICA NEWS

2001:1. Discrimination and Poverty Likely Bedfellows.
<http://www.globalpolicy.org/socecon/mequar/2000>.

ANC FREEDOM CHARTER

1955, 26 Junie. <http://www.anc.org.za/ancdocs/history/charter.html>

A NEW AFRICAN INITIATIVE: MERGER OF THE MILLENNIUM PARTNERSHIP FOR THE AFRICAN RECOVERY PROGRAMME (MAP) AND OMEGA PLAN.

July 2001: 4. <http://www.dfa.gov.za/events/afrinit.htm>

AUSTRALIAN NATIONAL AUDIT OFFICE. 1999: 8-10. Publications.

<http://www.anao.gov.au/>

BARRY HP

2001. John Stuart Mill and Utilitarianism.
<http://www.mc.maricopa.edu/users/vaughan/text/notes/intro/ethics/mill.html>.

BREAKWATER MONITOR

1999. Reports. <http://www.irg.co.za/breakwat.htm>

BUSINESS BUREAU-UK

2001. Sall Business Information Resource. 08 October
<http://www.businessbureau-uk.co.uk/law/disable/page3.htm>.

BUSINESS SOUTH AFRICA.

1999. <http://www.pmq.org.za/equality/BSA.htm>.

BUTTERWORTHS.

1999. Legal Words Dictionary. Reed International Books Australia Pty Limited trading as Butterworths. 1999:1.
<http://www.butterworths.com.au/legalwords/html/001533.htm>.

CAADE

1998. Equal Rights on Age.
<http://webgsite.lineone.net/~caade/ADELATG.htm>.

CAIRD W

1996. The Workplace Relations Act: immediate impact for CPSU members. Community and Public Sector Union.
<http://www.cpsu.org/buletin/dec96/wra1296.htm>.

Internet

ACLU (American Civil Liberties Union of Northern California) News

1999. San Francisco. <http://www.aclunc.org/aclunews/news299/affirmativce-action.html>.

AFRICA NEWS

2001:1. Discrimination and Poverty Likely Bedfellows.
<http://www.globalpolicy.org/socecon/mequar/2000>.

ANC FREEDOM CHARTER

1955, 26 Junie. <http://www.anc.org.za/ancdocs/history/charter.html>

A NEW AFRICAN INITIATIVE: MERGER OF THE MILLENNIUM PARTNERSHIP FOR THE AFRICAN RECOVERY PROGRAMME (MAP) AND OMEGA PLAN.

July 2001: 4. <http://www.dfa.gov.za/events/afrinit.htm>

AUSTRALIAN NATIONAL AUDIT OFFICE. 1999: 8-10. Publications.

<http://www.anao.gov.au/>

BARRY HP

2001. John Stuart Mill and Utilitarianism.
<http://www.mc.maricopa.edu/users/vaughan/text/notes/intro/ethics/mill.html>.

BREAKWATER MONITOR

1999. Reports. <http://www.irg.co.za/breakwat.htm>

BUSINESS BUREAU-UK

2001. Sall Business Information Resource. 08 October
<http://www.businessbureau-uk.co.uk/law/disable/page3.htm>.

BUSINESS SOUTH AFRICA.

1999. <http://www.pmq.org.za/equality/BSA.htm>.

BUTTERWORTHS.

1999. Legal Words Dictionary. Reed International Books Australia Pty Limited
trading as Butterworths. 1999:1.
<http://www.butterworths.com.au/legalwords/html/001533.htm>.

CAADE

1998. Equal Rights on Age.
<http://webqsite.lineone.net/~caade/ADELATG.htm>.

CAIRD W

1996. The Workplace Relations Act: immediate impact for CPSU members.
Community and Public Sector Union.
<http://www.cpsu.org/buletin/dec96/wra1296.htm>.

CAMPBELL AC

1998. Misconduct does not always bar recovery for age discrimination. The Bleier Law Firm. <http://www.bleier.com/lmr/agediscri.thm>.

COMPACTLAW.

2001. Compactlaw document centre.
<http://www.compactlaw.co.uk/empf29.html>

COSATU

1998: 5-7. Cosatu parliamentary submission: employment equity bill.
<http://www.cosatu.org.za/docs/1998/empequit.htm>

DEPARTMENT FOR EDUCATION AND EMPLOYMENT UK

1999. UK ratification of ILO convention on discrimination. Press release: 3 March 1999. <http://www.britain-info.org/BISext/FORDOM/HEALTH/5mar99.stm>.

DEPARTMENT FOR SOCIAL SECURITY UK

1999. Department of Social Security Press Release: 10 February 1999.

DEPARTEMENT VAN JUSTISIE

2001. Programme of Action. <http://www.doj.gov.za/docs/policy.html>.

EEOC

2001. Employment Discrimination: Age Discrimination in Employment.
<http://www.window.state.tx.us/localinf/emlatr/030008txt>.

EEOC

2001. Facts about race/color discrimination. <http://www.eeoc.gov/facts/fs-race.html>.

GENDER RESEARCH PROJECT BULLETIN

1996. Centre for Applied Legal Studies.
<http://www.wits.ac.za/cals/gender.html>

GOOD MANAGEMENT PRACTISE SERIES

2001. <http://eoc.vh.hk.linkage.net/textmode/gmp/english/gmp01e.html>.
<http://www.britain-info.org/BISext/FORDOM/HEALTH/10feb99.stm>.

HIRSCH D

1999. Merit Systems in Western Democracies: An Introduction to Merit in Canada, the United States, Britain, Australia, and New Zealand.
http://www.psc-cfp.gc.ca/research/merit/merit_introduction_e.htm

HUMAN RESOURCES DEVELOPMENT DEPARTMENT CANADA

1996. New Employment Equity Act and Regulations strengthen Canadian workplace. http://labour-travail.hrdc-drhc.gc.ca/labour/newsrel/96-85_e.html.

HUMAN RESOURCES DEVELOPMENT CANADA

2000. Analysis of Employers' Report. <http://info.load-otea.hrdc-drhc.gc.ca>

HUMAN RESOURCES DEVELOPMENT CANADA

2000. Qualitative measures undertaken by employers.

<http://info.loadotea.hrdc-drhc.gc.ca>

MINISTER VAN ARBEID

2000. Openingstoespraak van die Minister van Arbeid (Suid-Afrika) tydens die lansering van die diensgelykheidsregister, 2000.

<http://www.labour.gov.za/docs/sp/2000/sp1002.html>

MINISTER VAN ARBEID

2001. Toespraak van Minister van Arbeid tydens die "National Skills Conference", 22 Februarie 2001. <http://www.labour.gov.za/docs>

UTILITARIAN ORGANISATION

2001. Introduction to Utilitarianism. <http://www.utilitarian.org/utility.html>.

KANADESE REGERING

1998. About the Canadian Multiculturalism Act. Canadian heritage

Multiculturalism, 10th annual report. [http://www.pch.gc.ca/multi/ann97-](http://www.pch.gc.ca/multi/ann97-98/ENG.HTM/3about.htm)

[98/ENG.HTM/3about.htm](http://www.pch.gc.ca/multi/ann97-98/ENG.HTM/3about.htm).

McDONALD F

1995. Policy-making in the new South Africa: A case study of the National Economic Development and Labour Council (NEDLAC).

<http://www.hsrc.ac/za/delivered/nedlac4.html>.

MILL JS

1859. On Liberty. <http://www.utilitarianism.com/jsmill.htm>.

MILL JS

1961. Utilitarianism by John Stuart Mill.

<http://www.utilitarianism.com/mill2.htm>.

MINISTER OF JUSTICE RSA

1997. Genderpolicy Considerations.

<http://www.polity.org.za/govdocs/discuss/gender.html>.

NEPAD

2001. The New Partnership for Africa's Development (NEPAD).

<http://www.dfa.gov.za/events/afrinit.htm>.

NEW SOUTH WALES DEPARTMENT OF INDUSTRIAL RELATIONS

1999. Equal Pay and Remuneration: International Instruments, Industrial Jurisprudence and Statutory Reform.

<http://www.dir.nsw.gov.au/pubs/equity/report/Equal%20Pay/index.htm>.

NEW SOUTH WALES DEPARTMENT OF INDUSTRIAL RELATIONS

1999. Why is there a gap between men's and women's earnings?

<http://www.dir.nsw.gov.au/ubs/equity/factshts/factsht1.htm>.

NEW SOUTH WALES GOVERNMENT

1999. New South Wales Government's Pay Equity

Report. <http://www.dir.nsw.gov.au/pubs/equity/payequ/intro.htm>.

OLSEN MAIGUN GAARDBO

2001. Utilitarianism and Hard Times. Exam paper from the Department of

English. Aalborg University. <http://www.sprog.auc.dk/~riber/uti.htm>.

SALTER L

2001. Bentham advanced utilitarianism as the basis for reform.

<http://www.indexo.pionexnet.co.uk/ethos/mill.htm>

SECRETARIAT OF NEDLAC

1995. Discussion document on a Framework for social partnership and agreement making in NEDLAC. Johannesburg.

<http://www.polity.org/za/govdocs/discuss/nedlac.html>.

SECRETARY OF STATE AUSTRALIA

1999. Secretary of State (Multiculturalism) (Status of Women) Introduction by the Honourable Hedy Frey. 10th Annual Report.

<http://www.pch.gc.ca/multi/ann97-98/ENG.HTM/introduc.htm>.

THE NEW PARTNERSHIP FOR AFRICA'S DEVELOPMENT (NEPAD)

2001. <http://www.dfa.gov.za/events/afrinit.htm>

THINKQUEST LIBRARY

2001. Utilitarianism, Early Socialism, and Positivism.

<http://library.thinkquest.org/3376/Genktk3.htm>.

THOM B

1998. Vice-Chancellor's Statement: Equal Employment

Opportunity/Affirmative Action Management Plan Strategies 1996 to 1998

(cont). <http://www.Une.edu.au/eeo/mgtplan2.html>

TREASURY BOARD SECRETARIAT

1997. Employment systems review. http://www.tbs-sct.gc.ca/ee/ENG/Pub-eng/Guides/sys_review_txt.html.

UNITED STATES DEPARTMENT OF LABOR

1996. Office of Administrative Law Judges Law Library - Index to administrative decisions under section 503 of the Rehabilitation act of 1973:

Business necessity. <http://204.245.136.2/public/ofccp/refrnc/ocdig25.htm>.

UNITED STATES OF AMERICA GOVERNMENT

1997. Best Practices of Private Sector Employers: U.S. Equal Employment
Opportunity Commission. <http://www.eeoc.gov/>.

VASSILOPOULUS J

1997. NSW Industrial Relations Act: whose interests does it serve?
<http://www3.silas.unsw.edu.au/~greenlft/1997/260/260p12.htm>.

VILLAMANTA PUBLISHING SERVICES

1997. A User Guide to the Disability Discrimination Act. Villamanta Publishing
Services Inc. <http://www.mis.deakin.edu.au/dda/Sectn04.htm>.

Wetgewende instrumente

VERENIGDE KONINKRYK

<http://www.hms0.gov.uk/acts.htm>

<http://www.accesstolaw.org/>

VERENIGDE STATE VAN AMERIKA

<http://www.legal.gsa.gov/>

<http://www.legalert.com/stataleg.htm>

<http://www.prairienet.org/~scruffy/f.htm>

AUSTRALIë

<http://www.nla.gov.au/oz/gov/leg.html>

KANADA

<http://www.umanitoba.ca/faculties/law/library/fedlegis.htm>

SUID-AFRIKA

<http://www.anc.org.za/govdocs>

LYS VAN SAKE

1. *Abbott v Federal Forge, Inc.*, 912 F.2d 867 (CA6 1990)
2. *AFSCME v State* 770 F.2d 1401 (9th Cir. 1985)
3. *AFSCME v State of Washington* 770 F.2d 1401 (US Court of Appeal for Ninth Circuit, 1985) 1407
4. *Aguilera v Cook County Police and Corrections Merit Board* 760 F.2d 844 (7th Cir. 1985), cert. Denied, 106 S.Ct. 237 (1985)
5. *Akins v Texas*, 325 U.S. 398, 403-404 (1954)
6. *Albermarle Paper Co. v Moody*, 422 U.S. 405 (1975)
7. *Aldrich v Randolph* 963 F. 2d 520, 525-527, 1992
8. *Aldrich v Randolph Central School District*, 963 F.2d 520 (2nd Cir. 1992)
9. *Alexander v Home Office* [1988] I.R.L.R. 190, C.A.
10. *Alexander v Louisiana*, 405 U.S. 625, 628-629 (1972)
11. *Amalgamated Engineering Union v Minister of Labour* 1949 (4) SA 908 (A) 912
12. *American Nurses' Ass'n v Illinois*, 606 F Supp 1313 (ND Ill 1985), en 606 F.2d 716 (CA7 1986)
13. *Anderson v University of Northern Iowa*, 779 F.2d 441 (8th Cir. 1985)
14. *Arizona Governing Committee for Tax Deferred Annuity & Deferred Compensation Plans v Norris* 463 US 1073, 77 L Ed 2d 1236, 103 S Ct 3492 (1983)
15. *Association of Professional Teachers & Rademan v Minister of Education* [1995] 9 BLLR 29 (IC)
16. *Association of Professional Teachers v Minister of Education* 1995 15 ILJ 1048 (IC) *Association of Professional Teachers v Minister of Education* 1995 9 BLLR 29 (IC)
17. *Audra Sommers, a/k/a Timothy K. Cornish v Budget marketing*, Eighth Circuit, 667 F.2d 748 (1982)
18. *Badenhorst v GC Baars (Pty) Ltd* [1995] 10 BLLR 19 (IC)
19. *Balghobin v London Borough of Tower Hamlets* [1987] I.R.L.R. 401
20. *Baptiste v Westminster Press t/a Bradford & District Newspapers, EOR Discrimination Case Law Digest*, No. 30, Winter 1996
21. *Barber v Guardian Royal Exchange* [1990] ICR 616
22. *Barclays Bank plc v Kapur & Others* [1989] I.R.L.R. 57

23. *Bartelt v Berlitz School of Languages, Inc.*, 698 F2d 1003 (CA9 1983), cert den 464 US 915 (1983)
24. *BAWU & others v Edward Hotel* (1989) 10 ILJ 357 (IC)
25. *BAWU (SA) v PEK Manufacturing Co (Pty) Ltd* (1990) 11 ILJ 1095 (IC)
26. *Bell v Birmingham Linen Service*, 715 F.2d 1552, 1556 (CA1 1983)
27. *Bernard v Gulf Oil Corp.*, 841 F.2d 547 (5th Cir. 1988) (*Bernard I v*); 890 F.2d 735 (5th Cir. 1989), cert. Denied, 110 S.Ct. 3237 (1990) (*Bernard v*)
28. *Beverly v Lone Star Lead Construction Corporation* 437 F2d op 1141
29. *Bilka Kaufhaus v Weber von Hartz* [1987] ICR 110
30. *Bilke-Kaufhaus GmbH v Weber von Hartz* [1986] ECR 1 607
31. *Blake v Los Angeles*, 595 F. 2d 1367 (9th Cir. 1979), cert. Denied, 100 S.Ct. 1965 (1980)
32. *Board of Regents of University of Neb. v Dawes*, 522 F.2d 380 (8th Cir. 1975), cert. Denied, 424 U.S. 914 (1986)
33. *Bolling v Sharpe*, 347 U.S. 497 (1954)
34. *Bradwell v Illinois*, 83 U.S. (16 Wall.) 130, 141 (1972)
35. *Brennan v Dewhurs (J.H.) Ltd.* [1983] I.R.L.R. 357
36. *Brennan v Victoria Bank & Trust Co.* 493 F.2d 896 (5th Cir. 1974)
37. *Bridgeport Guardians v Bridgeport Police Department*, 431 F. Supp. 931 (D.Conn. 1977)
38. *Briggs v Madison*, 536 F Supp 435 (WD Wis 1982)
39. *Brink v Kitshoff* 1996 6 BCLR 752 (CC)
40. *British Coal Corporation v Smith* [1996] ICR 515
41. *British Leyland Cars Ltd v Brown* [1983] I.R.L.R. 193, E.A.T.
42. *British Leyland v Powell* [1978] I.R.L.R. 57, E.A.T.
43. *Broken Hill Pty Co Ltd v Federated Ironworkers Association of Australia, NSW Division & others* (1988) 27 IR 432
44. *Bromley v H & J Quick Ltd* [1988] IRLR 249
45. *Brown v Board of Education* 347 US 483 (1954)
46. *Brown v Municipality of Port Elizabeth* 1915 CPD 865
47. *Brown v New Haven Civil Service Board* 474 F. Supp. 1257 (Conn. 1979)
48. *Brown v Swann*, 10 Pet. 497, 503 (1836)
49. *Burwell v Eastern Air Lines, Inc.*, 633 F.2d 361, 370 n. 13 (4th Cir. 1980)
50. *Burwell v Eastern Air Lines, Inc.*, 633 F2d 361 (CA4 1980), cert den 450 US 965 (1981)
51. *Calder v James Finlay Corporation Ltd.* [1989] I.R.L.R. 55, E.A.T.

52. *California Federal Savings & Loan Ass'n v Guerra*, 479 US 272, 93 L Ed 2d 613, 107 S Ct 683 (1987)
53. *Capper Pass Ltd v Allen* [1980] I.C.R. 194, E.A.T.
54. *Capper Pass Ltd. v Lawton* [1977] I.C.R. 83, E.A.T.
55. *Capper Pass v Lawton* [1976] ICR 83 (EAT)
56. *Carter v Jury Comm'n*, 396 U.S. 320, 335-337, [426 U.S. 229, 240] 337, 339 (1970)
57. *Cassell v Texas*, 339 U.S. 282, 287-290 (1950)
58. *Castanade v Partida* 430 US 482, 51 L Ed 2d 498, 97 S Ct 1272
59. *CFJ v M Ltd* (1989) 10 ILJ 755 (IC)
60. *Chambers v Omaha Girls Club, Inc.*, 834 F2d 697 (CA8 1987)
61. *Chevron v Natural Resources Defense Council* 467 U.S. 837 (1984)
62. *Chrisner v Complete Auto Trans., Inc.* 645 F. 2d 1251 (6th Cir. 1981)
63. *City of Los Angeles Dep't of Water and Power v Manhart*, 435 U.S. 702, 707 (1978)
64. *City of Los Angeles, Department of Water & Power v Manhart*, 435 US 702, 55 L Ed 2d 657, 98 S Ct 1379 (1983)
65. *Clady v County of Los Angeles*, 770 F.2d 1421, 1432 (9th Cir. 1985), cert. Denied, 475 U.S. 1016 (1986)
66. *Clay Cross (Quarry Services) Ltd v Fletcher* [1979] ICR 1
67. *Clay Cross (Quarry Services) Ltd v Fletcher* [1987] IRLR 361
68. *Colby v J.C. Penney Co.* 926 F2d 645 (CA7 1991)
69. *Collins v Volkskas Bank (Westonaria Branch) a division of ABSA Bank Ltd* (1994) 5 (9) SALLR 34 (IC)
70. *Collins v Volkskas Bank* 1994 12 BLLR 73 (IC)
71. *Commission of the European Communities v United Kingdom* [Case 61/81, (1982) I.C.R. 578]
72. *Condit v United Air Lines, Inc.*, 558 F2d 1176 (CA4 1977), cert den 435 US 934 (1978)
73. *Connecticut v Tea*, 457 US 440, 73 L Ed 2d 130, 102 S Ct 2525 (1982)
74. *Contreras v City of Los Angeles*, 656 F.2d 1267, 1280 (9th Cir. 1981), cert. Denied, 455 U.S. 1021 (1982)
75. *Cook v Billington*, No. 82-0400, 1992 WL 276936, op 82 (D.D.C. Aug. 14, 1992)
76. *Corning Glass Works v Brennan*, 417 U.S. 194 (1974)

77. *Costain Perarson Bridge Pty Ltd and the Australian Workers Union, NSW Branch and the Amalgamated Metal Workers Union – Dispute* (Watson J; 86/815; 30/10/86; ongerapporteur)
78. *County of Washington, Oregon v Gunther*, 452 U.S. 161, 171 (1981)
79. *Dance v Dorothy Perkins Ltd* [1978] I.C.R. 760, E.A.T.
80. *Davis v City of Dallas*, 777 F.2d 205, 211 (5th Cir. 1985), cert. Denied, 476 U.S. 1116 (1985)
81. *Dekker v Stichting Vormingscentrum Voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum)* (1992) IR 325
82. *Delew v Brakpan Town Council* 1937 TPD 439
83. *Department of Correctional Services v Van Vuuren* (1999) 20 ILJ 2297
84. *Diaz v Pan American World Airways Inc.* 442 F2d 1273 (9th Cir) (1981)
85. *Diaz v Pan American World Airways*, 442 F.2d 385, 389 (5th Cir.), cert. Denied, 404 U.S. 950 (1971).
86. *Dioceses of Hallam Trustees v Connaughton* [1996] IRLR 505 (EAT)
87. *Don Products v Monage* 1992 13 ILJ 900 (LAC)
88. *Donoghue v Stevenson* [1932] A.C. 562; 1931 S.C. (H.L.) 31
89. *Dothard v Rawlinson* 433 US 321 (1977)
90. *Drake v City of Fort Collins*, 927 F. 2d 1156 (10th Cir. 1991)
91. *Du Plessis v de Klerk* 1996 5 BCLR 658 (CC)
92. *Duke v GEC Reliance* [1988] IRLR 118
93. *E. Coomes (Holdings) Ltd v Shields* [1978] IRLR 263
94. *E.E.O.C. v Penney*, 843 F.2d 249 (6th Cir. 1988)
95. *East Texas Motor Freight System, Inc, v Rodriguez*, 431 U.S. 395. 403-404, n. 9 (1977)
96. *Eaton v Nuttall* [1977] ICR 272
97. *EEOC v Arabian American Oil Corporation*, 111 S. Ct. 1227, 1236-37 (1991)
98. *EEOC v Central Kan. Med. Center*, 705 F.2d 1270 (10th Cir. 1983)
99. *EEOC v Chicago Miniature Lamp Works*, 947 F2d (CA7 1991)
100. *EEOC v Greyhound Lines, Inc.* 635 F.2d 188, 192 (1980)
101. *EEOC v Sears, Roebuck & Co.*, 839 F2d 302 (CA7 1988)
102. *EEOC v White & Son Enterprises*, 881 F2d 1006 (CA11 1989)
103. *Enderby v Frenchay Health Authority* [1994] 1 CMLR 8
104. *Epstein v Secretary of Treas.*, 739 F.2d 274 (7th Cir. 1984)
105. *Espinoza v Farah Mfg. Co.*, 414 U.S. 86, 94 (1973)
106. *Etam pls v Rowan* [1989] IRLR 150 EAT.
107. *Eubanks v Louisiana*, 356 U.S. 584, 587 (1958)

108. *Evans v City of Evanston*, 881 F.2d 382 (7th Cir. 1989) cert denied, 112 S.Ct. 3028 (1992)
109. *Fallon v State of Illinois*, 882 F. 2d 1206 (7th Cir. 1989)
110. *FAWU v Spekenham Supreme* (2) (1988) 9 ILJ 628 (IC)
111. *Fernandez v Wynn Oil Co.* 635 F. 2d 1273 (9th Cir. 1981)
112. *Fesel v Masonic Home of Delaware Inc* 447F Supp 1346 (Ddel) (1978)
113. *Fields v Clark University*, 817 F.2d 931, 935-937 [490 U.S. 228.27 (CAI 1987)
114. *Firefighters Local 93 v City of Cleveland* 106 S.Ct. 3063 (1986)
115. *Forex Neptune (Overseas) Ltd. v Miller and Others* [1987] I.C.R. 170, E.A.T.
116. *Franks v Bowman Transp. Co.*, 424 U.S. 747, 763 (1976)
117. *Franks v Bowman Transp. Co.*, 424 US 747, 47 L Ed 2d 444, 96 S Ct 1251 (1976)
118. *Fraser v The Children's Court* 1997 2 BCLR 153 (CC)
119. *Frazier v Consolidated Rail Corp.*, 851 F2d 1447 (CA DC 1988)
120. *Friend v Leidinger*, 446 F. Supp. 361 (E.D. Va. 1977), bekragtig in 588 F.2d 61 (4th Cir. 1978)
121. *Furnco Construction Corp. v Waters* 457 U.S. 440, 458
122. *Geduldig v Aiello* 417 U.S. 484, 496-97 (1974)
123. *George v Liberty Life Association* 1996 8 BLLR 985 (IC)
124. *George v Liberty Life Association of Africa Ltd* 1996 17 ILJ 571 (IC) 593F
125. *George v Western Cape Education Department* 13/101995 NHK 26/2/0004 (ongerapporteur)
126. *George v Western Cape Education Department* 1996 2 BLLR 166 (IC)
127. *Gordon v State Farm Life Ins. Co.*, 203 A.2d 320 (Pa. 1964)
128. *Griggs v Duke Power Co.*, 401 US 424, 28 L Ed 2d 158, 91 S Ct 849 (1971)
129. *Handles-og Kontorfunktionaernes Forbund I Danmark v Dansk Arbejdsgiverforening (acting for Danfoss)* [1991] ICR 74 (ECJ)
130. *Hardin v Stynchcomb*, 691 F2d 1364 (CA11 1982)
131. *Harksen v Lane NO and Others* 1997 (11) BCLR 1489 (CC)
132. *Harless v Duck*, 619 F.2d 611 (6th Cir. 1980) cert denied, 446 U.S. 928 (1980)
133. *Harriss v Pan American World Airways, Inc.*, 649 F2d 670 (CA9 1980)
134. *Hasley v Fair Employment Agency* [1989] I.R.L.R. 106, N.I.C.A.
135. *Hayes v Malleable Working Men's Club and Institute* [1985] I.C.R. 703
136. *Hayward v Cammell Laird* (IE Report 1984)
137. *Hayward v Cammell Laird* (No 2) [1988] ICR 464
138. *Hazelwood School Dist. v United States*, 433 US 299, 53 L Ed 2d 768, 97 S Ct 2736 (1977)

139. *Hazen Paper Co v Biggins*, 123 L Ed 2d 338, 113 S Ct 1701, 61 BNA FEP Cas 793 (1993)
140. *Heagney v University of Washington*, 642 F.2d 1157, 1163 (9th Cir. 1981)
141. *Hein v Oregon College of Educ.*, 718 F.2d 910 (9th Cir. 1983)
142. *Hodgson v Behrens Drug Co.* 475 F.2d 1041 (5th Cir.), *cert. denied*, 414 US 822 (1973)
143. *Hodgson v Daisy Mfg. Co.*, 317 F.Supp.538 (W.D.Ark. 1970), *soos gemodifiseer* in 445 F.2d 823 (8th Cir. 1971)
144. *Hodgson v First Victoria Nat'l Bank*, 446 F.2d 47 (5th Cir. 1971)
145. *Hoffmann v SA Airways* (2000) 21 ILJ 2357 (CC)
146. *Horn v Duke Homex*, 755 F.2d 599, 37 FEP Cases 228 (7th Circular 1985) 34-35, 87, 230
147. *Horner v Mary Institute* 613 F.2d 706 (8th Cir. 1980)
148. *Huges and Gissing v Hackney LBC* [1987] E.O.R. 27
149. *Hugo v State President of the RSA* 1996 6 BCLR 876 (D)
150. *Hurley v Mustoe* [1981] ICR 490
151. *Independent Municipal & Allied Workers Union v Greater Lous Trichardt Transitional Local Council* (2000) 21 ILJ 1119 (LC)
152. *In re Crown Employees – Legal Officers (Crown Solicitor's Office, etc) award (Crown Solicitors Case)* (1981 AR 488)
153. *In re Electricity Commission of NSW Reference Case (No 1)* (E.C. Reference) (1982 AR 286)
154. *In re Hospital Scientists (State) Interim Award and other Awards* (CICS; Cahill VP, Sweeney and Hill JJ; 90/280, 347 and 944; 30/3/92; ongerapporteur)
155. *International Brotherhood of Teamsters v United States*, 431 US 324, 52 L Ed 2d 396, 97 S Ct 1843 (1977)
156. *International Brotherhood of Teamsters v United States*, 431 US 324, 52 L Ed 2d 396, 97 S Ct 1843 (1977)
157. *International Union, United Automobile, Aerospace & Agricultural Implement Workers of America v State of Michigan*, 886 F2d 766 (CA6 1989)
158. *International Union, United Automobile, Aerospace & Agricultural Implement Workers of America, UAW v Johnson Controls, Inc.*, 113 L Ed 2d 158, 111 Ct 1196 (1991)
159. *J v M Ltd* 1989 10 ILJ 755 (IC) 75
160. *Jackson v United States Pipe Line Co.*, 191 A. 165 (Pa. 1937)
161. *James v Eastleigh Borough Council* [1989] I.R.L.R. 318, C.A.
162. *James v Eastleigh Borough Council* [1990] IRLR 288

163. *Jenkins v Kingsgate (Clothing Productions) Ltd. (No. 2)* [1981] I.R.L.R. 399
164. *Jenkins v Kingsgate (Clothing Productions) Ltd.* [1981] I.C.R. 592
165. *Jeremiah v MoD* [1979] I.R.L.R. 436, C.A.
166. *Johnson v Royal Ulster Constabulary* [1986] ECR 1651
167. *Kenworthy v Conoco Inc.*, 979 F.2d 1462 (10th Cir. 1992)
168. *Kort v Diemer*, 909 F2d 954 (CA6 1990)
169. *Kouba v Allstate Insurance Co.*, 691 F. 2d 873 (9th Cir. 1982)
170. *Kowalski v Freie und Hansestadt Hamburg* [1990] IRLR 447.
171. *Kuhn v FWW Spezial Gebaudereinigung* [1993] 2 cmlr 932; 1995 4 lcd 378
172. *Larry P. v Riles*, 793 F. 2d 969, 982 (9th Cir. 1984)
173. *Lawson v Britfish* (1988) I.R.L.R. 53, E.A.T.
174. *Leonard Dingler Employee Representative Council & Others v Leonard Dingler (Pty) Ltd Ltd & Others* [1997] 11 BLLR 1438 (LC)
175. *Leverton v Clwyd CC* [1989] ICR 33 (HL)
176. *Leverton v Clwyd County Council* [1988] I.R.L.R. 239
177. *Levin v Delta Air Lines, Inc.*, 730 F2d 994 (CA5 1984)
178. *Lindahl v Air France*, 930 F2d 1434 (CA9 1991)
179. *Local 5.3, International Association of Heat & Frost Insulators and Asbestos Workers v Vogler*, 107 F2d 1017 (5th Cir. 1969)
180. *Macarthy Ltd v Smith* [1980] ICR 672 (ECJ)
181. *Mampuru v PUTCO* (case IC 11/2/2136)
182. *Manning v General Motors Corp.*, 3 GNA FEP Cas 968 (ND Ohio 1971), affd 466 F2d 812 (CA6 1972), cert den 410 US 946 (1973)
183. *Marbury v Madison* 4 U.S. (1 Cranch) 137 (1803)
184. *Marshall v Southampton and SW Hampshire AHA* [1986] ICR 335 (ECJ)
185. *Marshall v Southampton and SW Hampshire AHA* No. 152/84 (1986) I.R.L.R. 140
186. *Matthysen v De Beers Industrial Diamond Division (Pty) Ltd* [1995] 11 BLLR 61 (IC)
187. *Maxwell v City of Tucson*, 803 F.2d 444 (9th Cir. 1986)
188. *McCabe v I.C.L. Ltd* (ongerapporteur) I.T. 292 59/79.
189. *McDonnell Douglas Corp. v Green*, 411 US 792, 36 L Ed 2d 668, 93 S Ct 1817 (1973)
190. *McInnes v Technikon Natal* (2000) 21 ILJ 1138 (LC)
191. *Meritor Sav. Bank. FSB v Vinson*, 477 US 57, 91 L Ed 2d 49, 106 S Ct 2399 (1986)
192. *Meyerowitz v Durban Corp* 1940 NPD 387

193. *Miller v Texas State Board of Barber Examiners* 615 F.2d 650 (5th Cir. 1980)
194. *Mineworkers Union v East Rand Gold & Uranium Co Ltd* (1990) 11 ILJ 1070 (IC)
195. *Ministry of Defence v Jeremiah* [1980] I.C.R. 13, C.A.
196. *Miranda v B & B Cash Grocery Store, Inc* 975 F2d 1518 60 BNA FEP Cas 295 (CA11 1992)
197. *Moragne v States Marine Lines*, 398 U.S. 375, 405 (1970)
198. *Morgado v Civil Defense Corps*, 706 F.2d 1184 (11th Cir. 1983) cert. denied, 464 U.S. 1045 (1984)
199. *Mt. Healthy City Bd. Of Ed. v Doyle* 429 U.S. 274 (1977)
200. *Municipal Council of Bloemfontein v Champions Ltd* 1922 OPD 201
201. *Murphy v Bord Telecom Eirann* [1988] I.R.L.R. 267
202. *Mustapha v Receiver of Revenue Lichtenburg* 1958 3 SA 343 (A)
203. *Myers v Gilman Paper Corp.*, 544 F.2d 837 (5th Cir.), reh.denied, 550 F.2d 41 (5th Cir. 1977)
204. *Nagle v Fielden* [1966] 2 Q.B., 633
205. *Nash v Mash Roe Group Ltd* [1998] IRLR 168 (T)
206. *Nasionale Suiwelkoöperasie Bpk v FAWU* (1988) 10 ILJ 712 (IC)
207. *National Vulcan Engineering Insurance Group v Wade* [1978] ICR 800
208. *New York City Transit Authority v Beazer*, 440 U.S. 568 (1979)
209. *Newark Branch, NAACP v Harrison*, 940 F.2d 792 (3d Cir. 1991)
210. *Nwoke v Government Legal Service and Civil Service Commissioners, EOR Discrimination Case Law Digest No. 28, Summer 1996*
211. *Nyaakazi v President of Bophutatswana* [1994] 4 BLLR 92 (B)
212. *Overton v Reilly*, 977 F.2d 1190 (7th Cir. 1992)
213. *Owen & Briggs v Jones* [1982] I.C.R. 63, E.A.T.
214. *Patkus v Sangamon-Cass Consortium*, 769 F2d 1251 (CA7 1985)
215. *Patterson v Newspaper & Mail Deliverers' Union*, 384 F. Supp. 585, 593 (S.D.N.Y. 1974)
216. *Patton v Mississippi*, 332 U.S. 463, 468-469 (1947)
217. *Phillips v Martin Marietta Corp.*, 400 US 542, 27 L Ed 2d 613, 91 S Ct 496 (1971)
218. *Pickstone v Freeman Ltd* [1987] I.R.L.R.
219. *Pickstone v Freemans plc* [1988] ICR 697
220. *Playboy Club of New York, Inc. v Hotel & restaurant employees Int'l Local 1*, 74-2 Lab. Arb. Awards (CCH) paragraph 8557 (1974) (Turkus, Arb.)

221. *Playboy Clubs Int'l, Inc. v Hotel & Restaurant employees Int'l Union*, 321 F. Supp. 704 (S.D.N.Y. 1971)
222. *Plemer v Parsons-Gilbane* 713 F2d 1127 (CA5 1983)
223. *Porter v Warner Holding Co.*, 328 U.S. 395, 397-398 (1946)
224. *Potchefstroom Municipality v van der Lingen* 1929 TPD 496
225. *Power v Barry County*, 539 F Supp 721 (WD Mich 1982)
226. *President of the Republic of South Africa v Hugo* 1997 (6) BCLR 708 (CC)
227. *Price Waterhouse v Hopkins* Certiorari 490 U.S. 228 (1989)
228. *Prinsloo v Van der Linde and Another* 1997 (6) BCLR 759 (CC)
229. *Procunier v Martinez*, 416 U.S. 396, 404 (1974)
230. *R v Abdurahman* 1950 3 SA 136 A (145)
231. *R v Birmingham City Council ex parte E.O.C.* [1989] IRLR 172 H.L.
232. *R v Secretary of State for Employment ex parte EOC* [1995] 1 AC 1
233. *R v Secretary of State for Employment ex parte Equal Opportunities Commission* [1993] IRLR 19 (HL)
234. *R v Secretary of State for Employment ex parte Seymour-Smith* [1997] 2 All ER 273
235. *R. v Birmingham City Council ex parte E.O.C.* [1988] I.R.L.R. 430, C.A., [1989] I.R.L.R. 172, H.L.
236. *Rainer v Greater Glasgow Health Board* [1985] IRLR 414
237. *Rainey v Greater Glasgow HB* [1987] ICR 129
238. *Re Crown Employees (Toll Collectors, etc) Department of Main Roads Award* (1987) 23 IR 254
239. *Reed packaging Ltd v Boozer* [1988] IRLR 333
240. *Robinson v Lorrillard Corp.* 441 F.2d 791 (4th Cir.). cert. Afgewys onder Reël 60, 401 U.Ss. 1006 (1971)
241. *Rosenfeld v Southern Pac. Co.*, 444 F.2d 1219, 1223-25 (9th Cir. 1971)
242. *Rucker v Higher Education Aids Bd.*, 27 Fair empl. Prac. Cas. (BNA) 1553 (7th Cir. 1982)
243. *S v Makwanyane* 1995 6 BCLR 665 (CC)
244. *SA Chemical Workers Union v Sentrachem* (1988) 9 ILJ 410 (IC)
245. *SA Iron and Steel Workers v Department of Labour* (1987) 8 ILJ 303 (IC)
246. *Scala Ballroom (Wolverhampton) Ltd. v Ratcliffe* [1958] 3 All E.R. 220
247. *Scullard v Knowles* [1996] ICR 399 (EAT)
248. *Shabalala v Attorney-General, Tvl* 1996 1 SA 725 (CC)
249. *Simon v Brimham Associates* [1987] I.R.L.R. 307, C.A.
250. *Smit v Workmen's Compensation Commissioner* 1979 1 SA 51 (A)

251. *Snowball v Gardener Merchant Ltd.* [1987] I.R.L.R. 397
252. *Spaulding v University of Washington*, 740 F.2d 686, 705 (9th Cir.), *cert. denied*, 105 S.Ct. 511 (1984)
253. *Sprogis v United Air Lines, Inc.*, 444 F.2d 1194, 1199 (7th Cir.), *cert. Denied*, 404 U.S. 991 (1971)
254. *Spurlock v United Airlines*, 475 F. 2d 216, 219 (10th Cir. 1972)
255. *Stanley v University of Southern California*, 63 F.E.P.Cas. 1021 (9th Cir. 1994)
256. *State Wage Case* – July 1986 (Fisher P, Watson J, Macken JU, 86/696 and 697, 30/7/86; ongerapporteur)
257. *State Wage Case 1983* (1983 AR 805)
258. *State Wage Case March 1987* (1987) 17 IR 105
259. *Steelworkers v Weber* 443 U.S. 193 (1979)
260. *Strathclyde Regional Council v Porcelli* [1986] I.R.L.R. 134
261. *Strecker v Grand Forks*, 640 F. 2d 96 (8th Cir. 1980)
262. *Summers v Tice*, 33 Cal. 2d 80, 84-87, 199 P.2d 1, 3-4 (1948)
263. *Swint v Pullman-Standard*, 624 F.2d 525, 535 (5th Cir. 1980)
264. *Teamsters v United States*, 431 U.S. 324, 335-336, n. 15 (1977)
265. *Tennants Textiles Colours Ltd v Todd* [1989] IRLR 3
266. *Texas Dept. of Community Affairs v Burdine*, 450 U.S. 248 (1981)
267. *Texas Dept. of Community Affairs v Burdine*, 450 US 248, 67 L Ed 2d 207, 101 S Ct 1098 (1981)
268. *The Pinetown Local Administration and Health Board v Scholtz* (1927) 48 NLR 248
269. *Thomas v N.C.B.* [1987] I.R.L.R. 451, E.A.T.
270. *Thompkins v Morris Brown College*, 752 F.2d 558, 563 (CA1 1985)
271. *Times Ltd, v Hodgson* [1981] I.R.L.R. 530, E.A.T.
272. *Timex Corporation v Hodgson* [1982] I.C.R. 63, E.A.T.
273. *Timm v Gunter*, 917 F2d 1093 (CA8 1990)
274. *Torres v Wisconsin Department of Health and Social Serv.*, 639 F. Supp. 271 (E.D. Wis. 1986)
275. *Tottenham Green Under Fives Centre v Marshall* [1989] I.R.L.R. 126, E.A.T
276. *Transport & General Workers Union & Another v Bayete Security Holdings* (1999) 20 ILJ 1117 (ILC)
277. *Trans World Airlines, Inc. v Thurston*, 469 U.S. 111 121(1985)
278. *Transport & General Workers Union v SA Stevedores* (1993) 14 ILJ 1068 (IC)
279. *Transport and General Workers Union and Others v SA Stevedors Ltd* (1994) 5 (2) SALLR 19 (IC)

280. *Turley v Alders Department Store* [1980] I.C.R. 66
 281. *Turner v Fouche*, 396 U.S. 346, 361 (1970)
 282. *TWIU v Maroc Carpet & Textile Mills (Pty) Ltd* (1989) 10 ILJ 526 (IC)
 283. *U.S. Equal Employment opportunity Commission and Charles H. Wessel v AIC Security Investigations LTD*, Civil Action No. 92 C 7330
 284. *UAMAWU v S Thomson (Pty) Ltd t/a Thomson Sheet Metal Workers* (1988) 9 ILJ 266 (IC)
 285. *Udall v Tallman*, 380 U.S. 1 (1965)
 286. *United States v Jacksonville Terminal*, 451 F.2d 418 (5th Cir. 1971) cert. denied, 406 U.S. 906 (1972)
 287. *United States v Virginia*, 454 F. Supp. 1077 (E.D. Va. 1978)
 288. *United States v Wichita Falls*, 704 F. Supp. 709 (N.D. Tex. 1988)
 289. *Waddington v Leicester Council for Voluntary Services* [1977] ICR 266
 290. *Waisome v Port Authority*, 948 F2d 1370 (CA2 1991)
 291. *Wards Cove Packing Co. v Atonio* 490 U.S. 642 (1989)
 292. *Washington v Davis*, 426 U.S. 229 (1976)
 293. *Watches of Switzerland v Savell* [1983] I.R.L.R. 141, E.A.T.
 294. *Watson v City of Memphis*, 373 U.S. 526, 535 (1963)
 295. *Watson v Fort Worth Bank & Trust* 487 U.S. 977 (1988)
 296. *Webb v EMO Air Cargo (UK) Ltd* [1993] IRLR 27
 297. *Weeks v Southern Bell Telephone and Telegraph Co.* 408 F.2d 228 (5th Cir. 1969)
 298. *Western Airlines Inc. v Criswell* 472 US 400, 86 L Ed 2d 321, 105 S Ct 2743 (1987) (ADEA)
 299. *Wileman v Milinec Engineering Ltd.* [1988] I.R.L.R. 145
 300. *Willingham v Macon Tel. Pub. Co.*, 507 F2d 1084 (CA5 1975)
 301. *Woolworths (Pty) Ltd v Whitehead* (2000) 21 ILJ 571
 302. *Wright v Council of City of Emporia*, 407 U.S. 451, 461-462 (1972)
 303. *Zamlen v City of Cleveland*, 906 F.2d 209 (6th Cir. 1990), cert. Denied, 111 S.Ct. 1388 (1991)
-